أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي

وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة

الدكتور عبد الرحمن الصابوني
عميد كلية الشريعة وأستاذ الأحوال الشخصية
في جامعة دمشق سابقاً



دار القلم
الإمارات العربية المتحدة
دبي

أحكام الطلاق
في الفقه الإسلامي



دبي

دار القلم للنشر والتوزيع

بر دبي - دوار الصقر - بناية الفردان
تليفون: ٣٩٣٠٤٣٠ - فاكس: ٣٩٣٠٤٠٨ - ص ب: ١١٨١٧
دولة الإمارات العربية المتحدة

٢٥٤,٢
صع م

الدكتور عبد الرحمن الصابوني
عميد كلية الشريعة وأستاذ الأحوال الشخصية
في جامعة دمشق سابقاً

أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي

وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة

الطبعة الأولى
١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م
الطبعـة الثـانيـة
١٤١٣هـ - ١٩٩٣م
الطبعـة الثـالثـة
١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م

المقـــدّمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين .

وَ بَعـْـد فهذا موجز عن المحاضرات التي ألقيتهـا على طـلاب كلية الشـريعة والقانون في جامعة الأمارات العربية المتحدة تناولت فيها أحكام الطلاق وحقـوق الأولاد في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الأمارات .

لقد قامت دولة الأمارات العربية المتحدة بتقنين أحكام المعاملات والجنايات والشركات التجارية وبقية التشريعات مقتبسة أحكـامها من الشـريعة الإسـلامية بمختلف مذاهبها ومن المبادىء العامة لأحكام القانون المقارن بما لا يتعـارض مع التشريع الإسلامي .

وحسنا ما فعلت هذه الدولة الفتية في هذا المضمار لأن أسس سيادة الدولة تبدو في استقلالية نظمها وتشريعاتها التي تعبر عن عقيـدة الأمة وفلسفتهـا ونظرتهـا إلى الكون والحياة والمجتمع .

ولعل من أهم هذه التقنيات مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي يعد من أحدث القوانين في هذا العصر حيث استفاد من جميع التقنيات السابقة في البـلاد العربية التي قننت أحكام الأسرة في قوانين الأحوال الشخصية .

وقد اتجهت في شرح هذه المحاضرات إلى مراعاة الأمور التالية :

١ ــ إن مصدر أحكام الأسرة في البلاد العربية هو الفقه المقارن حيث لا نجد قانوناً تقيد بمذهب فقهي معين بل استمدت هذه القوانين من جميع المذاهب الفقهية أحكامها لأن الشريعـة الإسلاميـة تمثل مجمـوع المذاهب الفقهيـة التي تستمد

أحكامها من المصدرين الأساسيين القرآن الكريم والسنة النبوية .

فكان لابد لكل شارح لأحكام الأحوال الشخصية من أن يرجع إلى جميع تلك المصادر المذهبية لمعرفة ما ذهب إليه المذهب في حكم من الأحكام ومدى مطابقته للأصل القرآني أو السنة النبوية وما يتفق مع المصلحة العامة فيما لا نص فيه .

على أنه لابد من التأكيد على أن قوانين الأحوال الشخصية وإن استمدت أحكامها من جميع المذاهب إلا أنها اتخذت موقفاً من المذهب السائد في كل بلد من البلدان حيث أرشدت القاضي للرجوع إليه حيث لا نص في القانون ففي مصر وسوريا يرجع القاضي إلى المذهب الحنفي وفي المغرب وتونس يرجع القاضي إلى المذهب المالكي فيما لا نص فيه في القانون .

أما في دولة الأمارات العربية المتحدة فإن مشروع القانون أشار إلى وجوب الرجوع في حال عدم النص إلى المذهب المالكي أولاً فإن لم يجد القاضي نصاً في المذهب المالكي رجع إلى المذهب الحنبلي . ولهذا فإني رجعت في هذه المحاضرات إلى المذهبين المالكي والحنبلي ونقلت نصوص فقهاء هذين المذهبين فيما سكت عنه مشرعو القانون .

٢ ــ إن القضاء الشرعي في دولة الأمارات العربية المتحدة يعتمد على الاجتهاد إلى حد كبير حيث لايوجد تقنين ملزم بانتظار صدور قانون الأحوال الشخصية فكان لابد للقاضي من أن يتأثر بقوانين بلاده سواء ما كانت فيه الأغلبية بالمذهب المالكي أو المذهب الحنبلي أو غيره من المذاهب .

ولا شك أنه يأتي في صدارة هذه التشريعات القانون المغربي حيث أغلبية أحكامه من المذهب المالكي وكذلك بالنسبة للمذهب الحنبلي حيث القضاء في المملكة العربية السعودية مقيد بأحكامه فكان لابد من الالتزام بهذين المذهبين

ولهذا فإني ذكرت خلال شرحي لأحكام فرق الزواج وحقوق الأولاد أهم نصوص هذه القوانين التي يرجع إليها القضاة في دولة الأمارات العربية المتحدة

لتكون نبراساً ودليلاً على صحة ما يذهبون إليه في قراراتهم التي لابد أن تتفق مع أحد هذين المذهبين بالدرجة الأولى .

وقد اطلعت عَلى بعض قرارات لبعض المحاكم لجأت فيه إلى الاجتهاد دون التقيد بقانون معين تمشياً مع الاتجاهات القانونية المعاصرة في بعض البلاد العربية حيث تأثرت بغير المذاهب الأربعة كما في الطلاق الثلاث مثلا وهذا اتجاه لا نوافق عليه في خلال هذه الفترة التي تمر بها البلاد ، حتى صدور قانون للأحوال الشخصية فيلغي بذلك كل ما يخالفه من أحكام سابقة عليه .

٣ ــ ولما كانت صلة التشريع بالمصادر الأصلية أمراً لابد منه لذلك فقد لجأت إلى نقل بعض النصوص الضرورية من مختلف الكتب الفقهية ليكون القارىء وخاصة طلابنا الذين انقطع معظمهم عن المؤلفات القديمة من مختلف المذاهب ، على اتصال دائم ومعرفة وثيقة بتلك النصوص من حيث أسلوبها وفهم عباراتها للرجوع إليها في حال شرح أحكام الأحوال الشخصية .

وقد يساعد نقل هذه النصوص القاريء الكريم على فهم صحيح أكثر مما فهمت فرب حامل فقه إلى من هو أفقه منه» والأمانة العلية تقضي بالرجوع إلى أمهات المصادر لمعرفة الحكم الصحيح المتصل بالحلال والحرام .

والله أسأل أن يجعل الإخلاص والوفاء للعلم رائدنا والله تعالى يقول : ﴿ **وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون** ﴾ .

القسم الأول
فرق الزّواج

١ ــ المدخل

الطلاق لدى الأمم القديمة قبل الإسلام .

٢ ــ الباب التمهيدي

الطلاق في الشريعة الإسلامية وأنواعه

٣ ــ الباب الأول

الطلاق بالإرادة المنفردة .

٤ ــ الباب الثاني

الطلاق باتفاق الزوجين

٥ ــ الباب الثالث

الطلاق بحكم القضاء .

٦ ــ الباب الرابع

الطلاق بحكم الشرع والقانون

٧ ــ الباب الخامس

آثار فرق الزواج .

مَدخَــــل

١ ـ الطلاق لدى اليونان والرومان

٢ ـ الطلاق في اليهودية والمسيحية

٣ ـ الطلاق عند العرب قبل الإسلام

٤ ـ مقارنة النظم المعاصرة في الطلاق وموقف الإسلام منها



لمحة عن نظام الطلاق لدى الأمم القديمة :

الطلاق لدى اليونان :

كان الزواج لدى اليونان يتم عن طريق الشراء في العصر القديم ، فالأب يبيع ابنته والخاطب يشتريها بعدد من الأبقار أو الثيران يختلف عددها بحسب جمال المرأة ومكانتها ، ولما ألغي نظام الشراء في العصر التقليدي بقيت سلطة الزوج المطلقة على زوجته فكان الزوج يسجن زوجته ويضربها ويعاقبها دون أي قانون يمنعه وبالتالي فإن من ملك هذه السلطات المطلقة ، يملك بالأولى حق الطلاق ، بل كان الزوج يطلق زوجته ويزوجها لمن أراد حيال حياته أو يوصي بها إلى شخص آخر بعد وفاته(١) .

ولا يشترط وجود مبرر للطلاق إلا لاسترداد ما دفع الزوج من مهر كما لو كانت عقيمة مثلا فإنه يطلقها ويسترد ما دفع لها .

أما إذا كان الزوج عقيما فيملك أن يستعين بأحد أقربائه للاتصال بزوجته للإنجاب وينسب الولد حينئذ للقريب لا للزوج(٢) .

وكانت الزوجة تملك حق طلب الطلاق من القاضي في حالتين :

أ ـ إذا قصر الزوج في واجباته الرئيسية الزوجية .

ب ـ أو إذا أساء لزوجته إساءة بالغة .

على أن هذا الحق لم يكن قيد الاستعمال لسلطة الزوج ، فإذا شعر الزوج

---

(١) قصة الحضارة جـ ٢ ص ١٠١ .

(٢) المرأة لدى اليونان للدكتور محمود سلامة زناتي ص ١٣٠

برغبة زوجته برفع أمرها للقاضي ضربها وحبسها في داره ومنع الاتصال بها [1].

الطلاق لدى الرومان :

نظرا للسلطة الأبوية السائدة في النظام الروماني فقد كان الزوج يملك حق طلاق زوجته متى شاء ، وكان هذا الحق لولي الزوجة أيضا فقد كان يطلق من تحت ولايته بدون رضاها ، هذا في العصر التقليدي أما في العصر الكلاسيكي فقد منحت الزوجة حق الطلاق مع بقاء هذا الحق بيد الزوج ، ومـاأن منحت الزوجـة حق الطلاق حتى ارتفعت نسبته وتضاعفت .

وحينما طلق بولوس اميليوس زوجته بابيربا جاءه بعض أصدقائه ينصحونه بالعدول عن ذلك لأن زوجته شابة وولود وعاقلة فقال لهم : « حذائي جديد وجيد الصنع ومع ذلك فإني مضطر إلى تغييره . . . » .

وقد حاول الامبراطور قسطنطين عام ٣٣١ م تقييد حرية الزوجين في الطلاق بتحديد أسباب خاصة به إذا ما توافرت أسباب لأحد الزوجين طلب الطلاق من القاضي ولكن لم يطبق ذلك لأنه لم يكن إلزاميا . لهذا فقد ألغيت القيود وعاد النظام لما كان عليه من الإباحة المطلقة [2] .

ولماجاء جوستينيان جعل الطلاق ثلاثة أنواع [3] :

أ ــ الطلاق المباح كالطلاق بإرادة أحد الزوجين لجنون الآخر أو عجزه أو عقمه .

---

(١) لعل هذه الأسطر تلقي الضوء أمام أعين عبّاد الحضارة الغربية المعاصرة ، إذ أن تقدم أمة من الأمم في مجال من مجالات الحياة لا يعني أبدا أن تكون القدوة في سائر أمورها وتصرفاتها . فاليونان كأمة حضارية بلغت أوج المجد ومع ذلك فهي من نواحي المرأة مثلا كانت بدائية وكذلك الأمم اليوم قـد تصـل إلى قمة الرقي في النواحي العسكرية مثلا وهي ما تزال صفرا في النواحى الاجتماعية وخاصة الأسرية .

(٢) القانون الروماني للدكتور صوفي أبو طالب ص ٧٣

(٣) مدونة جوستينيان ترجمة الدكتور عبدالعزيز فهمي ص ٢٠٠ .

ب ـ الطلاق لسبب مشروع : وذلك إذا ارتكب أحد الزوجين خطأ جاز للآخر الطلاق عقوبة على خطأه .

د ـ الطلاق غير المشروع : ففي غير الحالتين السابقتين إذا طلق أحد الزوجين الآخر فقد المهر والدوطة وجزءً من ثروته [1].

وإذا طلقت الزوجة زوجها بدون سبب فقدت دوطتها وأموالها حيث تـوزع على اقاربها[2] .

الطلاق عند اليهود :

ينقسم اليهود إلى طائفتين : القرائين والربانيين ، والخلاف بينهما يعود لأمور عديدة أهمها الإيمان بالتوراة والتلمود فطائفة الربانيين تعتقد بهما كتبـاً سماوية بينما يذهب القراءون إلى أن التلمود كتاب فقهي وليس بكتاب سماوي .

والزواج بين الطائفتين محرم وسبب ذلك أن القرائين يجيزون للقاضي أن يفرق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة لأسباب معينة ولو امتنع الزوج عن الطلاق ، بينما لا يجوز ذلك لدى الربانيين ولذا فإنهم يقولون أن نسل القرائين حرام فقد تتزوج الزوجة التي طلقها القاضي دون رغبة زوجها وتنجب ذرية وهي لا تزال على عصمة زوجها الأول الذي لم يطلقها بعد حسب اعتقادهم .

الطلاق لدى طائفة الربانيين :

يجوز الطلاق لدى طائفة الربانيين من اليهود بإرادة الزوج المنفردة ولا يشترط موافقة الزوجة على ذلك ، إلا أن الطلاق بدون سبب يعد مكروها ومع هذا فإن طلق

---

(١) المرأة لدى الرومان للدكتور محمود سلام الزناتي ص ٢٣٢

(٢) الوجيز في الحقوق الرومانية للدكتور محمد معروف الدواليبي ص ٤٧٥ .

الزوج ولم يبين أي سبب لطلاقه فالطلاق واقع لأن بيان الأسباب هو من الأمور الدينية لا القضائية .

فقد ورد في المادة ٢٢٤ من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون : « قبول المرأة الطلاق ليس شرطاً » .

الطلاق لدى طائفة القرائين :

لا يجوز الطلاق لدى القرائين بدون عذر شرعي يقرره القاضي . وكذلك يجوز لدى هذه الطائفة للزوجة أن تطلب الطلاق من القاضي وذلك لأسباب معينة . على أن يستثنى من بيان أسباب الطلاق هو حالة اتفاق الزوجين على الطلاق حيث لا يطلب منهما بيان الأسباب الداعية للطلاق .

وجاء في كتاب شعار الخضر وهو المرجع لهذه الطائفة[1] أن الطلاق مقيد شرعاً بالمسوغ وبين الفقهاء ما هو وضع ذلك فقد وكلوه إلى القائمين بأمر الشرع منعاً من ظلم الرجل للمرأة .

على أن لابد من الإشارة إلى أن الطلاق سواء كان بالإرادة المنفردة كما ذهب إلى ذلك الربانيون أم يحكم القاضي بناء على أسباب معينة كما ذهب القراءون أو باتفاق الزوجين دون بيان الأسباب . ففي هذه الحالات كلها لابد أن يكون الطلاق أمام القاضي حيث يسلم الزوج لزوجته المطلق وثيقة الطلاق .

وهكذا نجد أن الطلاق بإرادة الزوج المنفردة جائز عند طائفة اليهود وغير جائز عند طائفة أخرى إذ لا يجوز ألا يحكم القاضي إلا إذا اتفق الزوجان على الطلاق فهو جائز بدون خلاف .

---

(١) شعار الخضر ص ١٢٩

الطلاق عند المسيحيين :

لا يعرف المسيحيون في الوقت الحاضر الطلاق بالإرادة المنفردة كما في اليهودية أو الإسلام وكما كان معروفا لدى الرومان ، لأن الزواج عندهم كما يقولون رابطة مؤبدة لا تزول إلا بالموت .

جاء في الخلاصة القانونية[1] « اعلم أن الطلاق ممنوع في الشريعة المسيحية فليس للإنسان أن يطلق امرأته بمجرد اختياره . أما الطلاق بحكم القاضي بناء على طلب أحد الزوجين فقد قام خلاف في المسيحية حول ذلك مما أدى إلى انقسام الرأي إلى ثلاثة مذاهب.

المذاهب المسيحية :

١ ــ الكاثوليك : هؤلاء لا يبيحون الطلاق لأي سبب كان ولكن يجوز للزوج هجر زوجته ويسمى ذلك بالانفصال الجثماني ، لأن الزواج سر مقدس من الأسرار الكنسية لا يجوز إنحلاله حيث يتحد الزوجان اتحادا مقدسا .
ويستدلون بماجاء في إنجيل لوقا[2] « كل من يطلق امرأته ويتزوج بأخرى يزني ، وكل من يتزوج بمطلقة من رجل يزني » .

٢ ــ البروتستانت : أجاز البروتستانت التطليق في حالتين :

أ ـ إذا زنى أحد الزوجين فللزوج الآخر أن يطلب من القاضي التطليق وذلك لما ورد في إنجيل متى[3] أن السيد المسيح وعظ الناس بموعظة الجبل التي تعد دستوراً للمسيحية فقال : من طلق امرأته إلا لعلة الزنا فقد جعلها زانية »[4]

(١) الخلاصة القانونية ص ٣١
(٢) إنجيل لوقا الأصحاح ١٦ العدد ١٨
(٣) إنجيل متى الاصحاح الخامسعدد ٣٢ .
(٤) يفسر الكاثوليك كلمة الطلاق التي وردت في إنجيل متى بالهجر .

ب ـ التطليق لتغيير الدين : إذا انتقل أحد الزوجين من المسيحية إلى دين آخر جاز لزوجه أن يطلب من القاضي التطليق وأساس ذلك أن من يغير دينه المسيحي يعتبر ميتا حكما ومن مات حقيقة انفسخ نكاحة فقياسا على الموت الحقيقي قالوا بفسخ نكاحه إذا ما حكم القاضي بذلك .

٣ ــ الأرثوذكس : أجاز الأرثوذكس لكل من الزوجين أن يطلب من القاضي التطليق وذلك فضلا عن السببين الواردين في المذهب البروتستانتي ، الزنا أو تغيير الدين ، لأسباب أخرى ، تبلغ حدا من الخطورة بحيث يصبح استمرار الحياة الزوجية أمرا مستحيلا فيؤدي إلى الإضرار بكل من الزوجين . ومن الأسباب التي ذكرها الأرثودكس للتطليق : العلل والأمراض وسوء السلوك والجنون والغياب .
وقد تأثر التشريع القبطي الأرثودكسي في التطليق بين الزوجين في الشريعة الإسلامية لأنه لا مصدر كنسي لما ذهبوا إليه غير التشريع الإسلامي وكان أول من نادى بذلك الفقيه القبطي الأرثودكسي ابن العسال في مصر متأثرا في الفقه الشافعي بصورة خاصة .

ويعدّ كتاب المجموع الصفوى لابن العسال القبطي المصري في القرن الثالث عشر من أهم المراجع للأرثودكس في إباحة التطليق بين الزوجين بناء عل طلب أحدهما ولأسباب محددة نص عليها وترك أمر تقديرها للقاضي[١] .

الطلاق عند العرب قبل الإسلام :

كان الطلاق معروفا لدى العرب فالزوج يطلق زوجته بإرادته المنفردة ، إلا أن الروايات التي بين أيدينا لم تجمع على شكل معين للطلاق فبعضها روي أن الرجل

---

(١) راجع هذه المباحث بتفصيل في كتابنا مدى حرية الزوجين في الطلاق المجلد الأول ص ١٩ ـ ٦٠ مع مقارنتها بالقوانين الأجنبية .

كان يطلق زوجته ما شاء من الطلقات ولو بلغت مائة طلقة[1] ، وروايات أخرى تحصر الطلاق بثلاث فقط ويقال أن أول من سن لهم ذلك اسماعيل بن ابراهيم الخليل عليه السلام ، ثم فعلت العرب ذلك فكان أحدهم يطلق زوجته حتى إذا استوفى الثلاث انقطع عنها[2] .

وعلى ما يبدو أنه لم يكن هناك نظام ثابت لجميع القبائل ولعل كلا من الروايتين كان يمثل واقعا من الحياة لدى العرب قبل الإسلام ، حتى أن بعض القبائل عرفت نظام طلاق الزوجة لزوجها فقد ورد في الأغاني[3] «أن بعض النساء كن يطلقن الرجال في الجاهلية » وكان من عادة بعض القبائل إذا أرادت إحدى نسائهن طلاق زوجها فإنها تحول أبواب خبائها إن كانت إلى الشرق فإلى الغرب وإن كانت إلى الجنوب فإلى الشمال .

ويروي التاريخ أن ماوية بنت عفرز طلقت زوجها حاتم الطائي حين أمعن به جنون الكرم فلم يبق لأولاده شيئا من المال .

وكان العرب يخالعون نساءهم فقد روى أن عامر الظرب زوج ابنته من ابن أخيه عامر بن الحارث بن الظرب فلما دخلت عليه نفرت منه فشكا ذلك إلى أبيها فقال : لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك فقد خالعتها منك بما أعطيتها .

وقد روي عن الإمام الشافعي رحمه الله : سمعت من أهل العلم بالقرآن يقول: كان أهل الجاهلية يطلقون بثلاث: الظهارة والإيلاء والطلاق. . فأقر الله تعالى الطلاق طلاقا وحكم في الإيلاء والظهار بما بيّن القرآن[4] .

---

(١) روى عروة عن السيدة عائشة : أن الرجل كان يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذاارتجعها وهي في العدة ، وإن طلقها مائة مرة أو أكثر . نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢١٤ .

(٢) بلوغ الأرب محمود شكري الألوسي جـ ٢ ص ٤٩ .

(٣) الأغاني جـ ١٦ ص ١٠٢ .

(٤) بلوغ الارب جـ ٢ ص ٥٠ .

مقارنة الطلاق في الشريعة الإسلامية مع غيره من النظم العالمية المعاصرة :

شرع الله الزواج وسيلة للاستقرار والتناسل ولهذا حرم الزواج الموقت لأنه لا استقرار فيه ولا يولد المودة والرحمة بين طرفيه .

وقد ضمن الإسلام لهذا العقد المقدس الرضا الكامل فأعطي الحرية التامة لعاقديه وجعل لولي الفتاةحق الاعتراض على الزواج المبنى على عدم الدراسة والتفهم لنتائجه ليحقق له الدوام والاطمئنان .

هذا الزواج الذي شرع لأغراض معينة ومقاصد بيّنها الشارع الحكيم قد يعترضه بعض مايحول دون تحقيق أهدافه ، فقد يكون أحد الزوجين عقيما فلا يحقق الزواج هدفه من الرغبة بالتناسل .

وقد يكون أحد الزوجين مريضا بمرض جنسي أو بمرض من الأمراض السارية التي تنتقل من المريض إلى السليم . بل كثيرا ما تتباين طبائع الزوجين وتختلف أخلاقهما ، مهما بذل كل منهما من جهة للاستقرار والدوام فلا يحقق الزواج غرضه من المودة والمحبة والسكن النفسي .

وقد يتضرر أحد الزوجين بغياب زوجه أو سجنه أو فقده أو عدم الإنفاق عليه مدة طويلة من الزمن بحيث لم يعد الصبر كافية لحل المشكلات الطارئة والمتجددة في الحياة الزوجية القائمة بين الطرفين .

فماهو علاج مثل هذه الحالات التي تتعرض لها الحياة الزوجية في كل عصر ولدى كل أمة ؟؟ .

لدينا أربعة حلول :

١ ــ استمرار الحياة الزوجية رغم ما أصابها من وهن وضعف وتفكك وأضرار وعدم استقرار ، وعدم جواز التفريق مهما طرأ على هذه الحياة من أمور يصعب بل

يستحيل التغلب عليها .

٢ ــ التفريق بين الزوجين بحكم القضاء بناء على طلب أحد الزوجين لسبب من الأسباب التي ينص عليه القانون على سبيل الحصر .

٣ ــ الطلاق باتفاق الزوجين ، أي كما تم الزواج باتفاق ينتهي كذلك باتفاقهما على الطلاق .

٤ ــ الطلاق بالإرادة المنفردة من جانب الزوج أو الزوجة دون حاجة إلى حكم القضاء أو اتفاق الطرفين .

موقف الإسلام من هذه الحلول :

١ ــ أما الحل الأول فلم يعد موضوعا ذا بال بعد أن أخذت جميع الدول ـ ما عدا منطقة الفاتيكان ـ مبدأ التفريق بين الزوجين وهجرت ذاك الحل الذي يربط الزوجين للأبد ولا يسمح بالطلاق .
ومع هذا بقي من الناحية الديانية لا القانونية طائفة الكاثوليك تدين بمذهب عدم الانفصال الزوجي .

وتقوم وجهة نظر عدم التفريق مهما طرأعلى الحياةمن مشكلات على أساس ما جمعه الله بالزواج بين الزوجين لا يفرقه إنسان ، فلا يفرق بين الزوجين إلا الموت .

ويمكن مناقشة هذا الرأي بأن الله الذي جمع بين الزوجين هو الذي يفرق بينهما لا الإنسان . ثم أن قوام هذا الحل يستند إلى أبدية الزواج وهذا المبدأ موجود في الشريعة الإسلامية ولكن بصورة معقولة ، فقد ذكر فقهاؤنا أن توقيت الزواج يفسده حتى أنهم قالوا لو تزوجها على أن يطلقها بعد مائتي سنة فالزواج فاسد .

وقد يقول أصحاب هذا الرأي ليس من المروءة أن يطلق الزوج زوجته إذا ما اصابها مرض مزمن أو تطلب الزوجة الطلاق إذا ما أصاب زوجها الإعسار في الإنفاق واستمر ذلك وبرد على هذا :

أ ـ إن القوانين والشرائع لجميع الناس فإذا وجد من يصبر على ضرر صاحبه فقد يوجد من لا يصبر على ذلك .

ب ـ ثم هل جميع الحالات التي تعترض الحياة الزوجية يمكن التغلب عليها بالصبر والسكوت ؟ . . . أم أن هناك كثيراً من الأمور لا يمكن الصبر عليها ولا السكوت عنها .

٢ ـ أما الحل الثاني وهو حصر حالات الطلاق بيد القضاء وسلب الزوج هذا الحق الفردي . .

هذا الحل يبدو في إحدى صورتين :

أ ـ أما التشدد في التطليق بحيث لا يفرق القاضي إلا بسبب الزنا الذي ارتكبه أحد الزوجين .

ب ـ أو التساهل إلى حد يصبح مجرد شكوى تقدمها الزوجة فتدعي أن صورةً لفتاة وجدتها في مكتب زوجها فتكفي لتبرير تطليقها منه ، أو يدعي الزوج مثل ذلك فيحصل على التطليق للخيانة الزوجية .

فإن كان الأمر الأول وهو التشديد وعدم التطليق إلا للزنا فليس من مصلحة النساء إطلاقا هذا الحل لأن المطلقة تصبح في نظر المجتمع وجميع الناس إمرأة زانية ، وينظر الجميع إليها هذه النظرة بمن فيها أولادها وقد تكون بريئة وأن الزوج أو محاميه احتال عليها للوصول إلى غرض التفريق باتهامها بالزنا وهي منه بريئة .

وإن كان الأمر الثاني وهو التساهل فما معنى عرض أسرار البيوت والعائلات والحياة الزوجية على القضاء ، وانتحال أسباب قد تكون وهمية كاذبة وقد تكون صحيحة ؟ . . .

فمن ذلك التساهل ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في بعض أحكامه : « إن مجرد الإهانة مرة واحدة ولو كانت غير علنية يكفي لأن يكون سببا للطلاق بشرط أن

تكون الإهانة جسيمة » ، وفي تفسير الإهانةجاء حكم يوضح ذلك بقوله « شعور الكراهيةِ وعدم الثقة التي يواجه بها الزوج زوجته يمكن أن تعتبر في حق الزوجة إهانة جسيمة تجيز لها طلب التفريق »

٣ ـ أما الحل الثالث : وهو الطلاق باتفاق الزوجين ويبدو هذا النظام معقولا لولا صعوبة تطبيقه إذ أن اتفاق الطرفين ليس بالأمر السهل فقد يتعنت أحدالطرفين إذا عرض رغبة الآخر بالتطليق ، هذا النظام إذا أعلناه وحيدا ولا نظام آخر بجانبه فيه من المشقة والحرج والتطبيق مما لا يخفى حيث لا يحقق المقصود من الطلاق وهو الاستقرار لحياة تعكر صفاؤها واستحال استمرارها .

٤ ـ الحل الرابع : وهو أن يطلق كل من الزوجين الآخر دون بيان الأسباب وقد يكون الأصل في هذا النظام هو طلاق الزوج زوجته بإرادته المنفردة .

البَابُ الأوّل

الطّلاق بالإرادة المنفَردَة

تعريف الطلاق . والفرق بين الطلاق والفسخ . وأنواع الطلاق .

تعريف الطلاق :

الطلاق لغة : الترك والمفارقة ، يقال طلقت القوم أي تركتهم وتقول أطلقت الأسير والسجين .

والطلاق اصطلاحا : عرّفه المالكية : صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته[١] .

وعرّفه الشافعية : الطلاق : حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[٢] .

وعندالحنابلة : حل عقد النكاح أو بعضه[٣] .

وقال الحنفية: الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص .

ويمكننا أن نضع التعريف التالي : الطلاق هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه[٤].

وصيغة الطلاق قد تكون لفظاً صريحاً أو كناية أو بما يقوم عن اللفظ كالكتابة أو الإشارة،وقد يقع الطلاقبائنا فينهي الحياة الزوجية في الحال. أما في الطلاق الرجعي فالزوجية تستمر قائمة بين الزوجين خلال العدة فإذا انتهت العدة ولم يراجع الزوج زوجته بانت منه وانقلب الطلاق الرجعي إلى بائن .

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ١٨ .
(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٧٩ .
(٣) الاقناع ج ٥ ص ١٨٤ .
(٤) اللباب علي القدوري ج ٢ ص ٣٠ .

أما الفسخ فهو فصم عرى الحياة الزوجية بغير تحديد بعدد معين كما في الطلاق .

وأهم الفروق بين الطلاق والفسخ :

١ ــ الطلاق يعد إنهاء لعقد الزواج ، أما الفسخ فقد يكون نقضا لعقد الزواج لخلل رافق نشوءه ،أو عارض طرأ على الزواج فمنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحا ، أو حادث أصاب أحد الزوجين فأعطى للآخر حق طلب التفريق .

٢ ــ الطلاق يكون بائنا لا رجعة فيه ، ورجعيا يجوز للزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة . أما في الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها .

٣ ــ الفرقة التي تعد طلاقاً تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج . أما الفسخ فلا يعد من الطلقات الثلاث أي لا ينقص من العدد شيئا بحيث لو فسخ الزوج عقد نكاحه أكثر من ثلاث مرات جاز له أن يعقد من جديد على زوجته إذا لم يكن هناك سبب آخر من أسباب التحريم .

٤ ــ إن الطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح أما الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح أو غير صحيح .

٥ ــ إذاحصلت الفرقة بين الزوجين في حالة لم يؤكد فيها تمام المهر بعد كمن فارق زوجته قبل الدخول ، فإن كان السبب فسخاً سقط المهر بكامله ، وإن كان السبب طلاقا وجب للزوجة نصف المهر ، وذلك كالفسخ بخيار البلوغ أي لأمر يتصل بإنشاء العقد أو لنقصان المهر عن مهر المثل أو لعدم كفاءة الزوج لزوجته ، ففي هذه الحالات إذا تمت الفرقة بين الزوجين سواء بطلب من الزوجة أم من الزوج وكان ذلك قبل الدخول فلا تستحق المرأة شيئا من المهر . أما الفرقة لعارض طرأ على عقد الزواج بعد تمامه كالردة مثلاً فإن كانت من المرأة وكان ذلك قبل الدخول فلا مهر لها وإن كانت الردة من قبل الرجل استحقت المرأة نصف المهر .

الضوابط فيما يعد فسخا وما يعد طلاقا :

ـ قال الحنابلة والشافعية : إن الفرقة التي تقع بين الزوجين تعد طلاقا إذا أوقعها الزوج أو نائبه ، وما عدا ذلك من الفرق فهو فسخ .

ب ـ وقال المالكية : إن الفرق بين الفسخ والطلاق هو في السبب الموجب للفرقة ، فإن كان راجعا إلى أحد الزوجين فهو طلاق . أما إن كان غير راجع لأحد الزوجين بحيث لو أرادا الاستمرار على حياتهما الزوجية المشتركة ما جاز لهما ذلك كان فسخا(١) .

جـ ـ وذهب الحنفية إلى أن كل فرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تقوم من قبل الزوجة فهي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء . وكل فرقة من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من قبل الزوج فهي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج للزوجة .

د ـ أما الظاهرية(٢) فقالوا : إن كل فرقة تمت بين الزوجين هي طلاق إلا في الحالات التالية :

١ ـ اللعان بين الزوجين .

٢ ـ اختلاف الدين إلا في حالة إسلام الزوج والزوجة كتابية .

٣ ـ الحرمة التي تقع بين الزوجين بسبب الرضاع .

ولابد من الإشارة إلى أن فرق الزواج سواء أكان فسخا أم طلاقاً لابد من عرض بعض حالاتها على القضاء ليحكم بالتفريق .

وقد اختلفت المذاهب الفقهية فيما يعد فسخاً وفيما يعد طلاقاً بعد أن وضعت الضوابط للفرق بين الفسخ والطلاق .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٤٢ .

مذهب المالكية :

إن الضابط الذي وضعه المالكية في التفرقة بين الفسخ والطلاق وهو أن الفسخ يكون حيث تطرأ حالة لا يجوز فيها استمرار الحياة الزوجية لسبب لا يرجع إلى أحد الزوجين ، وما عدا ذلك فيعد طلاقاً .

وحالات الطلاق هي :

١ ــ طلاق الزوج لزوجته .
٢ ــ المخالعة بين الزوجين .
٣ ــ التفريق بسبب الإيلاء .
٤ ــ التفريق للعلل والأمراض .
٥ ــ التفريق للإعسار في المهر والتفريق للإعسار بالنفقة إلا أن التفريق للإعسار بالمهر طلاق بائن بينما التفريق للإعسار بالنفقة طلاق رجعي .
٦ ــ التفريق بسبب عدم الكفاءة .
٧ ــ التفريق بسبب غياب الزوج عن زوجته .
٨ ــ التفريق للشقاق والضرر والإساءة بين الزوجين .

أما حالات الفسخ فهي عند المالكية :

١ ــ إذا طرأ على الزواج سبب من الأسباب التي تؤدي إلى التحريم المؤبد .
٢ ــ التفريق لفساد العقد منذ تكوينه وانعقاده .

ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية :

أن كل فرقة جاءت من الزوج أو نائبه تعد طلاقاً ، وما كان من القاضي يعد فسخا . فالخلع مثلا يعد طلاقا والمعتمد عند الحنابلة أنه فسخ .

وفي الإيلاء حيث يفرق القاضي بين الزوجين إن لم يطلق الزوج فهذا يعد طلاقاً لأن الزوج إذا مضت مدة الايلاء فيجب عليه العودة إلى زوجته أو الطلاق فإن لم

يطلق طلق عليه القاضي ويعد طلاقاً لا فسخاً ، ويجوز للقاضي أن يفسخ العقد في هذه الحالة فتكون الفرقة فسخاً لا طلاقاً .

أما ما يعد من فرق الفسخ عند الحنابلة والشافعية :

١ ــ التفريق بين الزوجين للعلل والأمراض .
٢ ــ التفريق للإعسار بالنفقة الزوجية والإعسار بالمهر .
٣ ــ التفريق بعد تمام اللعان وعند الشافعية يتم الفسخ بعد لعان الزوج .
٤ ــ التفريق بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام أو ردةأحدهما .
٥ ــ التفريق لعدم كفاءة الزوج للزوجة .
٦ ــ الفساد الطارىء على عقد النكاح كظهور رضاع من الزوجين لم يكن أحدهما يعلم به ، أما إذا كانا على علم به حين العقد فالزواج باطل .

ويضيف الحنفية إلى هذه الفرق فسخ العقد بين الزوجين بسبب خيار البلوغ . مع اختلافهم في تصنيف ما يعد فسخاً وما يعد طلاقاً في بعض الحالات فمثلاً اللعان يعد طلاقاً عندأبي حنيفة ومحمد ، والتفريق لمرض الزوج يعد طلاقاً مع أن الشافعية والحنابلة يعدون التفريق للعان والأمراض من فرق الفسخ .

ولا تفريق لخيار البلوغ عند غير الحنفية لأن ولاية التزويج للصغير أو الصغيرة هي للأب فقط عند الحنابلة والمالكية ، وعند الأب والجد لدى الشافعية ، ولا يخير الصغير حين بلوغه لأن العقد لازم لا يجوز فسخه في هذه الحالة .

ويبدو أن أكثر قوانين الأحوال الشخصية في البلادالعربية أخذت بضوابط الحنفية في التفرقة بين الفسخ والطلاق في فرق الزواج .

أما التفريق بحكم القاضي فقد أخذت التشريعات العربية بالمذهب المالكي ومن ذلك مشروع قانون دولة الأمارات حيث جاء في المادة ١٣٥ أن التفريق بسبب الأمراض سواء بالزوج أم بالزوجة يعد طلاقاً بائناً . والتفريق لعدم الاتفاق يقع طلاقاً رجعياً م ١٢٠ .

وكذلك ذهب مشروع القانون في المادة ١٣٠/١٣١ إلى أن التفريق بسبب الغياب أو السجن يعد طلاقاً بائناً[١] .

مشروعية الطلاق وحكمة تشريعه :

الأصل في مشروعية الطلاق : القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والمعقول : :

١ ــ القرآن الكريم : وردت آيات كثيرة في بيان حكم الطلاق منها قوله تعالى : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ .
وقوله تعالى : ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهنّ . .** ﴾ .

٢ ــ السنة النبوية : قوله عليه الصلاة والسلام : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » . ومن السنة الفعلية طلاق النبي عليه الصلاة والسلام زوجته حفصه ثم مراجعتها وإقراره طلاق عبدالله بن عمر بن الخطاب لزوجته بعد أن بيّن له طلاق السنة .

٣ ــ الإجماع : انعقد الإجماع منذ عصر الصحابة حتى عصرنا على مشروعية الطلاق .

٤ ــ المعقول : إن الحياة الزوجية إذا استحال أو صعب استمرارها وأصبحت جحيما لا يطاق ، فليس من المعقول الاستمرار على وضع يتنافى مع أدنى مبادىء الحرية الفردية إذ تلزم شخصين بالحياة المشتركة المريرة المليئة بالمشكلات والصعوبات حتى الموت دون أن تتيح لهما فرصة التفريق الذي يبدو فيه الخلاص والنجاة لما هما فيه بعد فشل محاولات الإصلاح بينهما .

---

(١) وهذا يتفق مع القانون المصري خلافاً للقانون السوري الذي اعتبر التفريق للغياب والسجن طلاقاً رجعياً وذلك بالمادة ١٠٩ وربما كان هذا الاتجاه أفضل من اعتباره بائنا ليعطى الزوج فرصة المراجعة فيها لو عاد من غيابه وزوجته معتدة أو أفرج عنه من السجن بعفو عام أو خاص .

ما يعتري الطلاق من أحكام :

الطلاق من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج ، ولكل تصرف شرعي حكم حسب أمر الشارع به أو النهي عنه .

والطلاق بهذا حكم تكليفي تعتريه الأحكام الخمسة من وجوب أو إباحة أو كراهية أو تحريم أو ندب .

وقد ذكر الحنابلة في الشرح الكبير أن الطلاق على خمسة أضرب[1] :

١ ــ **واجب** : كطلاق المولى بعد التربص إذا أبى الفيئة ، وطلاق الحكمين في الشقاق إذا قررا ذلك إذا لم يتمكنا من الصلح بين الزوجين .

٢ ــ مكروه : الطلاق من غير حاجة إليه . وفي هذا روايتان : **إحداهما** أنه محرم لأنه ضرر بالزوج وزوجته وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراما ولقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » . **والرواية الثانية** : أنه مباح لقوله عليه الصلاة والسلام : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » ، فوصف الطلاق بالحلال يفيد أنه مباح .

٣ ــ مباح : وهو عندالحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها وتضرره منها .

٤ ــ مندوب إليه : وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها[2] . وبما كان واجبا ، أو كطلاق المرأة حين تتضرر من عجز الزوج عن القيام بواجباته الزوجية .

٥ ــ المحظور : الطلاق والزوجة حائض أو في الطهر الذي جامعها فيه ، ويسن أن يطلق الزوج زوجته في طهر لم يجامعها فيه لأنه وقت الرغبة فيدل على حاجته إلى الطلاق .

---

(١) الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٣٤ .

(٢) حاشيه الدسوقي ج ٢ ص ٣٦٠ .

هل الأصل في الطلاق الإباحة أم الحظر ؟

الفقهاء المسلمون على رأيين في ذلك فمنهم من قال أن الأصل في الطلاق الإباحة . وأغلبهم قال : « إن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجة تدعو إليه » .

فقد ذكر فقهاء الحنفية : إن الأصح حظره إلا لحاجة . وجاء في البدائع قولهم : « الأصل في الطلاق الحظر والكراهة إلا أنه رخص للتأديب » .

وقال الحنابلة في المحرر : « ويكره الطلاق لغير حاجة » ، وعند الإمام أحمد : يحرم . ويباح عند الحاجة إليه .

وقال ابن تيمية : « الأصل في الطلاق الحظر وإنما أبيح منه قدر الحاجة[1] .

ولا شك أن الرأي الثاني هو الراجح لأن قواعد ومبادىء الطلاق تؤيد ذلك بما شرعه المشرع من محاولات لعدم إيقاع الزوج الطلاق قبيل وقوعه وحتى بعد وقوعه شرع المراجعة والعدة كل هذا دليل على رغبة الشارع بالتخفيف من الطلاق بحيث لا يستعمل إلا لحاجة تدعو إليه .

أنواع الطلاق :

يقسم الطلاق في الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام :

طلاق رجعي ، وطلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى .

١ ــ الطلاق الرجعي : هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة ولو بدون رضاها لأنها لا تزال زوجته .

٢ ــ والطلاق البائن بينونة صغرى : هو الطلاق الذي يملك الزوج إعادة زوجته بعقد جديد ومهر جديد .

---

(١) فتاوي ابن تيمية ج ٢ ص ١٦ .

٣ ـ أما الطلاق البائن بينونة كبرى فهو الطلاق الذي تبين به الزوجة بينونة لا يمكن بها من مراجعتها كما في الطلاق الرجعي ولا من إعادتها كما في البائن بينونة صغرى ، بل لابد من أن تنكح زوجا غيره بدون تواطؤ ولا توقيت ولا صورية ويتم الدخول ثم يطلقها أو يموت عنها الثاني وتمضي عدتها منه . فإذا أراد بعد ذلك أن يعقد عليها عقداً جديداً جاز له ذلك .

١ ـ الطلاق الرجعي :

الأصل في الطلاق أن يكون رجعيا ، وذلك ليتدارك المطلق أمره فلعله يندم على فعله فيراجع زوجته ما دامت في العدة . والدليل على ذلك أن الله لم يذكر الطلاق في القرآن الكريم إلا وذكره مقرونا بالرجعة إلا في حالات خاصة .

والطلاق الرجعي هو ما كان بعد وطء وليس الطلقةالثالثة بلا خلاف بين الفقهاء .

تعريف الرجعة :

يعرف المالكية الرجعة : عودة الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد[١] .

وقال الحنابلة : من طلق بلا عوض من دخل بها ودون ما يملكه من العدد فله رجعتها ما دامت في عدتها[٢] .

ويعرف الشافعية الرجعة : ردة المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة[٣] .

---

(١) الدسوقي على مختصر خليل ج ٢ ص ٤٨٥ .
(٢) الفروع ج ٣ ص ٢١٦ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٤٧ .

أما الحنفية فيعرفون الرجعة بقولهم : « إبقاء النكاح على ما كان ما دامت في العدة[1] » .

أحكام الرجعة :

إذا طلق الزوج زوجته طلقة فله حق مراجعتها إلى عصمته ما دامت في العدة لأنها لا تزال زوجته ، وتتم الرجعة بكل قول يدل على استئناف الحياة الزوجية كقوله راجعتك أو غير ذلك من ألفاظ .

دليل الرجعة :

١ ــ القرآن الكريم : قوله تعالى : ﴿ **والمطلقات يتربصنّ بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كنّ يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهنّ في ذلك إن أرادوا إصلاحا** ﴾ .
المراد بقوله تعالى : ﴿ **وبعولتهن أحق بردهنّ** أي بمراجعتهن .

٢ ــ السنة النبوية : عن عمر بن الخطاب : أن النبي ﷺ لما طلق حفصة جاءه جبريل فقال له راجع حفصه فإنها صوامة قوامة . وقد دل هذا الحديث على جواز الرجعة لأن النبي ﷺ لا يفعل إلا المشروع وكذلك روي عن ابن عمر أنه طلق زوجته وهي حائض فأمره النبي عليه السلام أن يراجعها .

٣ ــ الإجماع : وقد انعقد الإجماع[2] على أن من طلق زوجته طلاقا رجعيا فله حق مراجعتها ما دامت في العدة ، وجاء في تفسير المنار[3] في تفسير قوله تعالى : ﴿ **وبعولتهن أحق بردِّهنَّ**﴾ هذا لطف من الله وحرص من الشارع على بقاء

---

(١) البدائع ج ٣ ص ١٢٨ .
(٢) المغني لابن قدامة ج ٨ ص ٤٧٠ .
(٣) تفسير المنار ج ٢ ص ٣٧٤ .

العصمة الأولى فإن المرأة إذا طلقت لأمر من الأمور فقلما يرغب بها الرجال وأما بعلها المطلق فقد يندم على طلاقها ويرى أن ما طلقها لأجله لا يقتضي مفارقتها دائما فيرغب في مراجعتها » .

بم تحصل الرجعة :

لا خلاف بين الفقهاء أن الرجعة تصح باللفظ الدال عليها إذا كان صريحا ، أما إذا كان بلفظ الكناية فتصح به الرجعة مع النية عند المالكية والشافعية والحنفية وقال بعض الحنابلة والظاهرية : لا تصح المراجعة بلفظ الكناية ولو نوى .

المراجعة بالفعل :

قال الشافعية والظاهرية : « إن الرجعة لا تصح إلا بالقول ولا تصح بالفعل » .

وقال الحنفية والجعفرية والزيدية : « تصح الرجعة بالفعل كالوطء ومقدماته من تقبيل ولمس بشهوة .

وقال المالكية : « تحصل الرجعة بالفعل إذا نوى الرجعة وإلا فلا » .

وقال الحنابلة : « تصح الرجعة بالفعل على أن يطأها أما ما دون ذلك فلا تصح به الرجعة » .

وذكر الحنفية : « أن الزوجة لو جامعت زوجها وهو نائم أو مغمى عليه أو مجنون صار مراجعا حتى ولو قبلته بشهوة تثبت الرجعة عند الإمام أبي حنيفة والإمام محمد لأن فعلها به كفعله بها والحل مشترك بينهما . وقال أبو يوسف : « إذا لمسته فتركها وهو يقدر على منعها فهي رجعة وإن منعها ولم يتركها لم تكن رجعة»[1] .

---

(١) المبسوط للسرخسي ج ٦ ص ٢١ الجوهرة ج ٢ ص ٥٠ .

إعلام الزوجة بالمراجعة :

لم يشترط الفقهاء للمراجعة بالقول إعلام الزوجة ، فلو راجعها وهو غائب صحت المراجعة ولكن قد تمْضي العدة قبل عودته وهي لا تعلم أنه راجعها فتتزوج ، وهي بهذه الحالة زوجة لمن راجعها ، لذلك قال : جمهور الفقهاء : يندب إعلام الزوجة بالمراجعة . أما فقهاء الظاهرية فقالوا : « يجب إعلام الزوجة بالمراجعة كيلا تقع في المعصية بالتزوج بغيره » .

حكم الإشهاد على الرجعة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد على المراجعة ليس بشرط لصحتها ولكنه أمر مندوب . وقال الظاهرية والأباضية : « إن الإشهاد شرط في المراجعة فإن راجع ولم يشهد لم يكن مراجعا » .

وقال المالكية :[1] « والمشهور أن الإشهاد على الرجعة مستحب لا واجب ، فمن طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم راجعها وأراد أن يجامعها فمنعته من ذلك إلا بعد الإشهاد فإن ذلك من حقها وهو دليل على رشدها ولا تكون بذلك عاصية لزوجها بل تؤجر على المنع » .

٢ ــ الطلاق البائن بينونة صغرى يكون على حالتين :

أ ــ إما أن يصدر بائنا منذ التلفظ به كما في الطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال وتفريق القاضي بين الزوجين للعلل والأمراض .

ب ــ وإما أن يكون رجعيا في الأصل وانتهت العدة ولم يراجع الزوج زوجته فينقلب من طلاق رجعي إلى طلاق بائن .

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٣ ص ٢٢٧ .

وقد أضاف فقهاء الحنفية على هذه الحالات :

أ ــ إذا وصف الزوج الطلاق بالبائن كان بائنا .
ب ــ أو اقترنت صيغة الطلاق بأفعل التفضيل كقوله : أشد الطلاق .
جـ ــ أو يشبه الطلاق بشيء كبير كالجبل أنت طالق طلقة الجبل .
د ــ أو كان الطلاق بلفظ الكتابة .

٣ ــ الطلاق البائن بينونة كبرى :

الطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلقة الثالثة فمتى وقعت فلا يجوز للزوج مراجعة زوجته ولا إعادتها بعقد جديد بل لابد من زواج آخر يتم دون تواطؤ أو توقيت لقوله تعالى : **﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾** .

فإذاتزوجهازوج آخر ثم دخل بها فطلقها ثم مضت العدة فإذا أراد الزوج العودة إليها جاز له ذلك بعقد جديد ومهر جديد .

أما إن تم هذا عن طريق التواطؤ والاحتيال والصورية فهذا ليس من الإسلام في شيء وما يسمى اليوم عند العامة بالتحليل فلا أصل له في شريعتنا لأن للزواج أهدافا مثلى ولم يشرع لغايات غير ماشرعت له .

الطلاق الثلاث :

إذا طلق الزوج زوجته ثلاث طلقات بلفظ واحد كما لو قال لها : أنت طالق ثلاثا أو كرر ذلك كما لو قال لها في مجلس واحد : أنت طالق أنت طالق أنت طالق . هل تقع ثلاث طلقات ؟ .

قال جمهور الفقهاء بوقوع الطلاق ثلاث طلقات إن اقترن ذلك بعدد أو تكرر العدد أو أشار بأصابعه الثلاث .

وقال فريق من الفقهاء لا يقع الطلاق إلا مرة بعد مرة فإذا قال لها أنت طالق ثلاثاً كانت طلقة واحدة .

وقال بعض الفقهاء إن الطلاق بلفظ الثلاث غير مشروع ولـذا لا يقع بـه شيء .

أدلة من قال بوقوع الطلاق من الثلاث دفعة واحدة .

الأصل فيما يملكه الزوج من عدد الطلقات هو قوله تعالى : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ،ولايحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهنّ شيئاً ، إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره**﴾[1] .

وقد دلت هذه الآية الكريمة على أن عدد الطلقات التي يملكها الزوج ثلاث طلقات يراجع أثر كل واحدة منها زوجته بالمراجعة ، أما الطلقة الثالثة فلا يملك المراجعةبل لابدلها من زواج جديد من شخص آخر ثم يطلقها فتمضي عدتها من الثاني . ثم يعقد الأول عليها عقدا جديداً .

ودليل الرجعة قوله تعالى ﴿ **وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً** ﴾ وقد جعل الشارع الطلاق مرة بعد مرة لأنه قال تعالى الطلاق مرتان ولم يقل طلقتان ليطلق الرجل زوجته إن استوجب الطلاق طلقة بعد طلقة وبينهما إمساك بمعروف أي مراجعة أثر كل طلقة ، والحكمة من ذلك لعل الزوج يتدارك خطأ وقع به خلال طلقته الأولى فيراجع زوجته دون عقد جديد .

وسبب نزول آية الطلاق كما ذكر المفسرون هو أن الرجل قبل الإسلام كان يطلق ما شاء من طلقات دون حصر بعدد معين فحدد الله سبحانه وتعالى عدد الطلقات بهذه الآية الكريمة وقد استدل جمهور الفقهاء على أن الطلاق يقع ثلاث طلقات إذا اقترن اللفظ بعدد الثلاث[2] أو تكرر اللفظ ثلاث مرات بعدة أحاديث وقالوا انعقد الإجماع على ذلك .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

(٢) تفسير الرازي ج ٢ ص ٢٥٢ تفسير البحر المحيط ج ٢ ص ٦٩٠ تفسير الطبري ج ٢ ص ٢٥٤ .

أولاً الأحاديث النبوية :

١ ـ حديث ابن عمر : أن عبدالله بن عمر طلق امرأته وهي حائض فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها يقول ابن عمر : فأمرني رسول الله فراجعتها ثم قال : إذا طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك ، فقلت يا رسول الله لو كنت طلقتها ثلاثاً أكان لي أن أراجعها ؟ . . . قال : لا . . كانت تبين وتكون معصية(١) .

٢ ـ حديث محمود بن لبيد : روى النسائي عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله ﷺ أن رجلاً طلق امرأته ثلاث طلقات جميعاً فقام رسول الله غضبان ثم قال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله(٢) . قال ابن كثير : إسناده جيد وقال الحافظ في بلوغ المرام : رواته موثقون .

٣ ـ حديث عبادة بن الصامت : عن عبادة بن الصامت قال : طلق جدي امرأة له ألف تطليقة فانطلق إلى رسول الله فذكر له فقال النبي عليه الصلاة والسلام : ما اتقى الله جدك أما ثلاث له وأما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم إن شاء الله عذبه وإن شاء غفر له .

ثانياً الإجماع :

وقال جمهور الفقهاء انعقد الإجماع في عهد عمر على وقوع الطلقات الثلاث دفعة واحدة ثلاث طلقات(٤).

---

(٣) نيل الأوطار ، ج ٦ ص ٢٢٨ إغاثة اللهفان ج ١ ص ٣٠٩ والحديث أخرجه البيهقي والطبراني والدا قطني ورواه ابن حزم في المحلى ج ١٠ ص ١٦٩ .

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٢٣٢ .

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٢ .

(٤) راجع بحثاً مقارناً للمؤلف في أحكام الطلاق الثلاث في كتاب مدى حرية الزوجين في الطلاق المجلد الأول ص ١٤٠ ـ ٢٦٧ .

يقول ابن حجر في فتح الباري[1] : والراجح إيقاع الثلاث للإجماع الذي انعقد في عهد عمر .

ويقول ابن قدامة : ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك إجماعاً[2] .

وذكر ابن الهمام في فتح القدير : فإجماعهم ظاهر لأنه لم ينقل عن أحد منهم أنه خالف عمر رضي الله عنه حين أمضى الثلاث[3] .

ويؤكد الحافظ جمال الدين عبدالهادي الحنبلي أن المذهب على أن الطلاق ثلاثاً يقع ثلاث طلقات : الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً هذا هو الصحيح من المذهب ولا تحل حتى تنكح زوجاً غيره ، وهذا القول مجزوم به في أكثر كتب الإمام أحمد[4] .

من قال لا يقع الطلاق المتعدد إلا طلقة واحدة.

وذهب الشيعة الجعفريه والزيدية إلى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا طلقة واحدة .

وقال بذلك ابن تيمية وابن قيم الجوزية من الحنابلة .

ونقل عن بعض الصحابة والتابعين أنهم أفتوا بذلك ومن هؤلاء علي بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود وعبدالرحمن بن عوف

كما أفتى به الحسن البصري وسعيد بن جبير وسعيد بن المسيب .

ودليل أصحاب هذا الرأي:

---

(١) فتح الباري ح ٩ ص ٢٩٩ .

(٢) المغني ج ٨ ص ٢٤١ .

(٣) فتح القدير ح ٣ ص ٢٦ .

(٤) مخطوط في المكتبة الظاهرية بدمشق تحت رقم ٩٩ مجاميع فقه الحنابلة .

١ -حديث عبدالله بن عباس

روى طاووس عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم .

وقد ناقش العلماء هذا الحديث بعدة ردود منها :

أ ــ أن عبدالله بن عباس أفتى بوقوع الثلاث والعبرة للفتوى لا للرواية .
ب ــ ليس في الحديث ما يشير إلى أن هذا كان بإقرار النبي أو فعله فلا حجة فيه .
جـ ــ أن حديث ابن عباس روي بروايات مختلفة فهو مضطرب لا يصح الاستدلال فيه .
د ــ انفرد بالحديث راوي واحد فهو شاذ حيث لم ينقله عن ابن عباس إلا طاووس .
هـ ــ لم يرو هذا الحديث الإمام البخاري في صحيحه .

٢ ــ حديث ركانة :

جاء في مسند الامام أحمد[١] طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً قال : فسأله رسول الله ﷺ كيف طلقتها ؟ قال : طلقتها ثلاثاً قال : فقال : في مجلس واحد قال : نعم ، قال : فإنما تلك واحدة فأرجعها إن شئت قال : فراجعها.

ما ذهب إليه مشروع قانون الأحوال الشخصية في دولة الأمارات العربية المتحدة : م ١٠٣ ينتهي عقد الزواج بالطلاق والفسخ والوفاة .

ذكرت هذه المادة طرق فرق الزواج وأنها تكون بالطلاق أو الفسخ أو الوفاة دون أن تبين متى تكون الفرقة طلاقا ومتى تكون فسخا ولابد في هذا الرجوع إلى المذهب المالكي لتحديد الضوابط والفروق بين الطلاق والفسخ إذا لم يحدد هذا القانون نوع الفرقة .

(١) مسند الإمام أحمد رقم الحديث ٢٣٨٧ ج ١ ص ٢٦٥ .

ويفيد النص أن عقد الزواج ينتهي أيضا بالوفاة وذلك لانحلال الرابطة الزوجية بين الزوجين لتمكن الزوجة من الزواج بعد وفاة زوجها وانتهاء عدة الوفاة .

م ١٠٤ : الطلاق نوعان : رجعي وبائن . الطلاق الرجعي لا ينهي الزوجية إلا بانقضاء العدة . والطلاق البائن ينهي الزوجية حين وقوعه .

أوضح مشروع القانون الفرق بين الطلاق الرجعي حيث تبقى الزوجية قائمة ما دامت الزوجة معتدة وتترتب آثار الزواج خلال العدة ـ كما سنوضح ذلك في بحث حكم الطلاق ـ أما الطلاق البائن فتنتهي به الحياة الزوجية بمجرد صدوره أو بانتهاء عدة الطلاق الرجعي حيث ينقلب الطلاق إلى بائن .

م ١٠٥ : الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة وكذلك المتتابع أو المتعدد في مجلس واحد .

اتجه مشروع القانون إلى ما ذهبت إليه معظم التشريعات العربية للأحوال الشخصية إلى اعتبار أن الطلاق سواء اقترن بعدد أو إشارة فلا يقع به إلا طلقة واحدة ، وهذا يخالف ما قررته المذاهب الفقهية الأربعة من أن الطلاق يقع بمثل ما اقترن به من عدد .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري رقم ٢٥ لعام ١٩٢٩ وهو أول قانون اعتبر الطلاق الثلاث طلقة واحدة « إن الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة وهو رأي محمد بن اسحاق ، ونقل عن علي وابن مسعود والزبير ونقل عن مشايخ قرطبة قال ابن القيم أنه رأي أكثر الصحابة .

والشيء الجديد في المشروع أنه أضاف إلى الطلاق المقترن بعدد الطلاق المتتابع أو المتعدد في مجلس واحد فلا يقع به إلا طلقة واحدة وهذا الأمر كان وما يزال محل خلاف في الاجتهادات القضائية العربية وشراح قوانين الأحوال الشخصية حيث اقتصرت على النص الأول وهو أن الطلاق المقترن بعدد لا يقع به إلا طلقة واحدة ، ولم تذكر أكثر القوانين الطلاق المتتابع مما سبب خلافا في التطبيق العملي وفي الفقه

المعاصر هل يعتبر الطلاق المتتابع كالطلاق المقترن بعدد لا يقع به إلا طلقة واحدة أم يعد من الأمورالتي سكت عنها القانون فيطبق فيها ما ذهب إليه القضاء من وقوع الطلاق المتتابع أكثر من طلقة .

ومما زاد هذا النص وضوحا في هذا المشروع ما نصت عليه المادة ١٠٩ :

يشترط لوقوع الطلاق على الزوجة أن تكون في زواج صحيح وغير معتدة . وهذا أمر حسن لم يترك مجالا للخلاف حيث أخذ المشروع برأي المذهب الجعفري ورأي ابن تيمية وغيره من الفقهاء بعدم وقوع الطلاق المتكرر أو المقترن بعدد أكثر من طلقة واحدة .

م ١١٦ : كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول ، والطلاق على بدل ، والطلاق المكمل للثلاث ، وما نص على كونه بائنا في القانون .

ونرى اتجاه القانون إلى جعل الطلاق رجعيا إلا في بعض حالات اتفق الفقهاء على بينونة الطلاق كما لو كان قبل الدخول أو على مال أو الطلقة الثالثة وما نص عليه القانون كالطلاق للضرر والشقاق بين الزوجين ، والطلاق للعلل والأمراض .

ونلاحظ أيضاً أن مشروع القانون لم يأخذ بالحالات التي عددها فقهاء الحنفية باعتبار وقوع الطلاق بها طلاقاً بائناً كألفاظ التفضيل وغيرها .

النزاع بين الزوجين في المراجعة :

إذا حصل خلاف بين الزوجين حول الرجعة هل حصلت أم لا وهل كانت الرجعة خلال العدة أم بعد انتهائها ؟ .

أ ــ الخلاف حول المراجعة :

إذا ادعى الزوج أنه راجع زوجته وأنكرت الزوجة ذلك فينظر فإن كان الوقت ما يزال خلال العدة فالقول قول الزوج لأنه يملك مراجعتها ما دامت معتدة فسواء

صادقته على قوله أم أنكرت يستطيع أن يقول لها ثانية راجعتك فتصح المراجعة . أما إن كان وقت الادعاء بعد انتهاء العدة وقالت له لم تراجعني وقال لها بل راجعتك فعلى الزوج أن يثبت أنه راجعها قبل مضي العدة لأن القول في هذه الحالة للزوجة بلا يمين عند أبي حنيفة وعند الصاحبين أبي يوسف ومحمد تصدق الزوجة مع اليمين والفتوى على قولهما كما ذكر ابن عابدين في رد المحتار[1] .

ب ــ أما إن كان اختلاف بين الزوجين حول وجود العدة أو انتهاؤها بأن قال الزوج لها راجعتك فقالت له رجعتك باطلة لأن عدتي انتهت ، فالقول قول الزوجة في هذه الحالة لأنها تصدق بعدتها إن كان الوقت يحتمل ذلك لأن أمر العدة لا يعرف إلا من جهة المرأة فالقول قول الزوجة مع يمينها على أن العدة انتهت .

أما إن كانت المدة قصيرة لا تحتمل انتهاء العدة فلا يلتفت إلى قولها بل يصدق الزوج وتكون الرجعة صحيحة لأنها حصلت قبل انتهاء العدة .

وأقل مدة للعدة عند أبي حنيفة بالنسبة لذات الإقراء هي ستون يوما . أما العدة الثابتة بالأشهر فلا تحتاج إلى بينة لأنها تحدد بثلاثة أشهر .

وورد في مشروع قانون دولة الأمارات في المادة ١٥٦ الأحكام التالية :

ف: ــ إذا ادعى المطلق بقاء حقه في الرجعة لقيام العدة في الحيض وأنكرت المطلقة قيامها ، فالقول قولها بيمينها متى كانت المدة تحتمل انقضاء العدة .

فب ــ وإذا ادعى بعد انقضاء العدة أنه كان قد راجعها فيها ، وأنكرت الزوجة في حصول الرجعة ولا دليل عنده ، كان القول قولها بيمينها .

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٨٢٢ .

البَاب التمهيدي

الطّلاق في الشريعَة الإسْلاميَّة

من يملك حق الطلاق :

الأصل في الطلاق أن يتم بالإرادة المنفردة من قبل الزوج وذلك لعموم آيات الطلاق في القرآن الكريم التي وجهت الخطاب للأزواج ولقوله عليه الصلاة والسلام إنما الطلاق لمن أخذ بالساق .

غير أنه يجوز في حالات خاصة أن تقوم الزوجة بتطليق نفسها بناء على تفويض من قبل الزوج ، وكذلك يجوز للقاضي بناء على طلب أحد الزوجين أن يحكم بالتفريق أو يفسخ عقد الزواج ، كما أنه يمكن للزوجين أن يتفقا على إنهاء الحياة الزوجية عن طريق المخالعة .

وهناك حالات يقع بها الطلاق تلقائياً بحكم الشرع دون حاجة إلى لفظ من الزوج أو حكم من القاضي .

طلاق الولي :

ليس للولي الحق في طلاق زوجة موليه وإن كان له الحق في تزويجه بموجب الولاية على النفس وذلك وفق ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة .

وقال المالكية يجوز لولي الصغير والمجنون والمعتوه أن يطلق عليهم زوجاتهم وعند الإمام أحمد رحمه الله رواية تجيز طلاق الولي .

أماالشيعة الجعفرية فقد أجازوا لولي المجنون والمعتوه الطلاق خلافاً لولي الصغير وعللوا ذلك بأن الحجر على الصغير له وقت محدد تستطيع الزوجة أن تنتظر حتى يبلغ سن الرشد فيطلق

وفي جميع الأحوال يجوز للزوجة طلب التطليق من القاضي للضرر الذي أصابها من زوجها المجنون أو المعتوه فيرى القاضي المصلحة فيحكم بها إما بالتطليق أو بعدم إجابة الزوجة لطلبها إذا رأى أن شفاء المجنون قريب مثلاً ولا حاجة للتفريق .

وهذا الموضوع لم يعد له أهمية تذكر حيث قضت معظم التشريعات على أن زواج الصغير غير صحيح حتى يبلغ الزوج سناً معينةتتراوح بين ١٦ ـ ١٨ بحسب القوانين المعمول بها وكذلك فليس للولي الحق بموجب هذه التشريعات الحق في التطليق والأمر منوط للقاضي إذا وجد ما يستوجب التفريق بين الزوجين فرق بينهما بناءعلى طلب أحدهما[٢] .

على من يقع الطلاق :

يقع الطلاق على الزوجة في عقد النكاح الصحيح سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده[٢] . وقال الشيعة الجعفرية لا يقع الطلاق على الزوجة إذا طلقها وهي حائض أو طلقها في طهر لم يجامعها فيه ، وذلك لحديث ابن عمر أنه طلق زوجته وهي حائض فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها وبيّن له أن الطلاق يجب أن يكون في طهر لا جماع فيه .

---

(١) إذا علق الطلاق على الزواج بأجنبية كما لو قال لأجنبية إذا تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها وقع الطلاق عند المالكية والحنفية خلافاً للشافعية والحنابلة .

(٢) فرق الزواج لأستاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف رحمه الله ص ٥٨ .

أما طلاق المعتدة :

١ ـ إن كانت المعتدة من فسخ النكاح لا من طلاق فلا يقع الطلاق عليها وهي معتدة لأن الزوجة في هذه الحالة ليست محلاً للطلاق (ما عدا الفسخ بسبب الردة أو إباء الزوجة المشركة الإسلام عند الحنفية)

٢ ـ أن كانت معتدة من طلاق رجعي

أ ـ الذين ذهبوا إلى أن الطلاق يتبع الطلاق وهم جمهور الفقهاء قالوا يقع الطلاق على المعتدة من طلاق رجعي

ب ـ والذين قالوا أن الطلاق لا يقع إلا طلقة واحدة يتبعها رجعة أو عقد جديد قرروا عدم وقوع الطلاق على المعتدة ولو من طلاق رجعي

٣ ـ إن كانت معتدة من طلاق بائن فإن الفقهاء الذين أجازوا الطلاق في العدة الرجعية فإن جمهورهم وهم الشافعية والحنابلة والمالكية قالوا لا يقع الطلاق على المعتدة بائناً وقال الحنفية يقع الطلاق أيضاً .

الصيغة التي يقع بها الطلاق :

لكل تصرف قولي في الشرع لفظ يدل عليه ، وقد يكون هذا اللفظ صريحا لا يحتمل معنى ثانيا كلفظ الطلاق . لأنه وضع باللغة ليفيد معنى التفريق بين الزوجين ، وقد يكون اللفظ عرفيا أي جرى العرف على استعماله واشتهر بين الناس ، وقد يكون من الألفاظ الكنائية التي تشتمل على أكثر من معنى .

اللفظ الصريح : لا خلاف بين الفقهاء على وقوع الطلاق باللفظ الصريح الدال عليه كقوله أنت طالق . وقال الظاهرية لا يقع الطلاق إلا بأحد ألفاظ ثلاثة : الطلاق والسراح والفراق . فاللفظ الأول لا يحتاج إلى نية قضاء وأما السراح والفراق فلابد من النية مع التلفظ بأحدهما[1] وذلك لأن القرآن الكريم لم يستعمل إلا هذه

(١) المحلى ج ١٠ ص ١٨٩

الألفاظ الثلاثة بقوله تعالى :

﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف ﴾ ﴿ وسرحوهن سراحا جميلاً ﴾ ، ﴿ أو فارقوهن بالمعروف ﴾ .

وقال جمهور الفقهاء : يقع الطلاق بلفظ الكناية أيضا إذا اقترن بالنية أما المالكية فقسموا اللفظ الكنائي إلى كناية ظاهرة فيقع بها الطلاق بدون نية وكناية خفية يشترط فيها النية[1] .

وعند الحنفية والحنابلة يقع الطلاق بلفظ الكناية إذا نوى به الطلاق أو قامت دلالة الحال مقام النية كما لو كان الزوجان في حال خصومة وغضب أو مذاكرة للطلاق ، فإن ادعى خلاف ذلك صدق ديانة[2] .

الطلاق بالكتابة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بالكتابة كما لو كتب الزوج لزوجته : أنت طالق . وخالف الظاهرية وقالوا لا يقع الطلاق بالكتابة .

ويقع الطلاق بالإشارة المفهومة من العاجز عن النطق لأنها الوسيلة للتعبير عن إرادته ، وإن كان يعرف الكتابة فقولان بوقوع الطلاق بإشارته : الرواية الراجحة أنه لا يقع الطلاق بالإشارة ممن يعرف الكتابة .

تعليق الطلاق على شرط وإضافته للمستقبل :

الصيغة التي يقع بها الطلاق سواء أكانت بلفظ صريح أم كتابة قد تكون منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى المستقبل .

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٣ ص ١٧٠١ .

(٢) مجمع الأنهر ج ١ ص ٤٠٢ المحرر ج ٢ ص ٥٤ .

فالطلاق المنجز كقول الزوج لزوجته : أنت طالق . ويترتب على ذلك الأثر وهو المفارقة فور صدور اللفظ .

والطلاق المعلق على شرط : هو ما كان بصيغة معلقة على شرط . والتعليق هو ربط حصول جملة بحصول مضمون جملة أخرى كقول الزوج لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق والجملة الأولى تسمى جملة الشرط والثانية جملة الجزاء .

ويترتب على الطلاق المعلق على شرط أنه لا يقع إلا عند حصول مدلول جملة الشرط «وهو دخول الزوجة الدار في المثال السابق».

والطلاق المضاف إلى المستقبل : هو ما اقترنت صيغته بزمن بقصد وقوع الطلاق فيه ويترتب على هذه الصيغة أنه لا يترتب أثر الطلاق وحكمه إلا بمجي الوقت المضاف إليه .

الخلاصـــة :

إن الطلاق المنجز : ينعقد سببا في الحال ويعقبه حكمه في الحال .
والطلاق المضاف إلى المستقبل : ينعقد سببا في الحال ولكن لا يترتب عليه حكم إلا عند مجيء الوقت المضاف إليه .
والطلاق المعلق على شرط : لا ينعقد سببا إلا عند وجود الشرط .
هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في الطلاق المعلق والمضاف إلى المستقبل .

وقال فقهاء الظاهرية والجعفرية من الشيعة : لا يقع إلا الطلاق المنجز فمن علق طلاقه أو أضافه إلى زمن فهو باطل والزوجية قائمة .

ولكن جماعة من الفقهاء المتأخرين وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم الجوزية فرقوا بين هذه الصور فقالوا : إذا كان قصد الزوج من هذه الصيغة حمل الغير على فعل أو تركه فالطلاق لا يقع وبعبارة أخرى إذا لم يكن قصد الزوج هو تطليق زوجته فلا طلاق وتعد الصيغة المعلقة يمينا .

يقول ابن تيمية[1] : « . . . فإن كان مقصوده أن يحلف بذلك ليس غرضه وقوع هذه الأمور كمن ليس غرضه وقوع الطلاق إذا وقع الشرط فحكمه حكم الحالف وهو من باب اليمين » .

وأما إن كان مقصوده وقوع هذه الأمور كمن غرضه وقوع الطلاق عند وقوع الشرط مثل أن يقول لأمرأته إن أبرأتيني من صداقك فأنت طالق بخلاف من كان غرضه أن يحلف عليها لمنعها ولو فعلته لم يكن له غرض في طلاقها . فإنها تارة يكون طلاقها أكره إليه من الشرط فيكون حالفا وتارة يكون الشرط المكروه أكره إليه من طلاقها فيكون موقعا للطلاق إذا وجد ذلك الشرط فهذا يقع به الطلاق .

ومن هذا يظهر لنا : أن الطلاق وفق هذا الرأي إن كان معلقا على شرط فهو نوعان : نوع في معنى اليمين ، وهو ما أريد به الحث على فعل شيء معين أو الحمل على تركه ، دون أن يقصد الزوج به الطلاق .

وبرأي ابن تيمية أخذت معظم التشريعات العربية للأحوال الشخصية . جاء في المادة ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ في مصر ما يلي :

« لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير » .

وورد في المادة ٩٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري :

« لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الأخبار لا غير » .

على أن هناك بعض القوانين اعتبرت الطلاق المعلق والمضاف لغوا بجميع صوره :

---

(١) فتاوي ابن تيمية ج ٣ ص ٢

نصت المـادة ٣٦ من القانـون العراقي لـلأحوال الشخصيـة الصـادر عـام ١٩٥٩ :

« لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين » .

وفي الفصل الثاني والخمسين من القانون المغربي :

« الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع » .

ونص مشروع قانون الأمارات م ١٠٧ :

أ ــ لا يقع الطلاق إلا إذاكان منجزا ولم يكن يمينا .

ب ــ ويعتبر من قبيل التنجيز الطلاق على مال أن أخذ صورة التعليق على القبول أو على عمل في المجلس ، وكذلك إذا كان المعلق عليه أمرا واقعا في الحال .

القصد في الطـلاق

١ ـ طلاق الهازل :

قال جمهور الفقهاء يقع طلاق الهازل لأنه تلفظ بلفظ صريح باختياره وحريته وإرادته وأن آثار العقود هي من عمل الشارع فمن طلق وقع طلاقه سواء أكان جادا أم هازلا[١] .

وقال الظاهرية والجعفرية وفريق من المالكية : لا يقع طلاق الهازل[٢] .

دليل الجمهور :

١ ـ قوله ﷺ : « ثلاث جدهنّ جد وهزلهن جد » : النكاح والطلاق والرجعة[٣] .

٢ ـ ما روي عن عمر بن الخطاب : « أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يرجع فيقول كنت لاعبا » . فأنزل الله تعالى : ولا تتخذوا آيات الله هـزوا . فقال عليه السلام : « من طلق أو حرر أو نكح فقال كنت لاعبا فهو جاد »[٤] .

٣ ـ إن ترتب الآثار على الأسباب هو من عمل الشارع وليس من عمل المكلف ، فإذا باشر الزوج سبب الطلاق وهو اللفظ الدال عليه كان أثره وهو الوقوع بإرادة الشارع لا بإرادته سواء أقصد ذلك أم لم يقصده[٤] .

دليل من قال بعدم وقوع طلاق الهازل : قالوا أن الهازل لا عزم له ولا قصد له في وقوع الطلاق ، والطلاق لابد فيه من نية وهذا لم ينو الطلاق لما روى عنـه عليه الصلاة والسلام : «إنما الأعمال بالنيات» .

---

(١) مجمع الأنهر ج ١ ص ٣٨٤ الوجيز للغزالي ج ٢ ص ٥٦ الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٧٥ الخرشي على خليل ج ٣ ص ١٧٢ .

(٢) المحلي ج ١٠ ص ٢٠٤ جواهر الكلام ج ٥ ص ٢٧٤ حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٢٨ .

(٣) سبل السلام ج ٣ ص ٢٣٦ كشف الخفاء ج ١ ص ٣٢٦ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤٧٢ .

٢ ـ طلاق المكـره :

إذا أكره شخص بغير حق على طلاق زوجته فطلقها فهل يقع الطلاق ؟ . .

قال جمهور الفقهاء : « لا يقع طلاق المكره »[١] .

وقال الحنفية : « يقع طلاق المكره»[٢] .

أدلة جمهور الفقهاء في عدم وقوع طلاق المكره[٣] :

١ ـ قـوله تعـالى : ﴿ من كفر بـالله من بعد إيمـانه إلا من أكـره وقلبـه مـطمئن بالإيمان ﴾[٤] .

وجه الاستدلال : إن الله رفع عن الناس الكفر إذا نطقت به ألسنتهم وكانت قلوبهم خلاف ذلك بسبب ما أكرهوا عليه ، ودلت الآية على سقوط حكم ما هو دون الكفر بالأولى .

٢ ـ ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: « إن الله تجـاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهـوا عليه »[٥] . فدل هذا الحديث على بطلان طـلاق المكره لانعدام أثره .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٨٩ . المغني ج ٨ ص ٢٥٩ شرح الخرشي علي خليل ج ٣ص ١٧٤ .

(٢) البدائع ج ٣ص ١٠٠ فتح القدير ج ٣ ص ٣٩ .

(٣) اشترط الجمهور لصحة الإكراه وعدم وقوع ما يترتب عليه الشروط التالية :

١ ـ أن يكون الإكراه بغير حق أما لو كان إكراها بحق كإكراه القاضي الزوج بالتطليق إذا ثبت حق الزوجة بذلك فلا يعد إكراها .

٢ ـ أن يكون المكره قادرا على تحقيق ما يهدده به أو أن يشعر المكره بذلك .

٣ ـ أن لا يستطيع المكره دفع الإكراه عن نفسه .

٤ ـ أن يكون في الأمر المكره عليه ضرر يصيبه بنفسه أو ماله أو ولده بقتل أو ضرب أو حبس . ولذلك كان تقدير الإكراه ذاتيا يختلف من شخص لآخر حسب الظروف والبيئات والأشخاص

٤) سورة النحل الآية رقم ١٠٦ .

(٥) سنن ابن ماجة ج ١ ص ٣٢٢ .

٣ ـ ما روته السيدة عائشة عن النبي ﷺ أنه قال : « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق »[١]. والإغلاق هو الإكراه لأن المكره يستغلق عليه فلا يدري ما يصنع . فدل هذاالحديث على عدم ترتب أثر الطلاق في حالة الإكراه .

٤ ـ ما رواه البخاري عن ابن عباس قال : « طلاق السكران والمستكره ليس بجائز[٢]

أما أدلة القائلين بوقوع طلاق المكره :

١ ـ ظاهر قوله تعالى : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾. فالآية الكريمة لم تفرق بين طلاق المكره وطلاق الطائع[٣].

٢ ـ ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون »[٤] .

٣ ـ ثم أن الحنفية القائلين بوقوع طلاق المكره قاسوا ذلك على طلاق الهازل فكما أن الهازل يقع طلاقه فكذلك يقع طلاق المكره قياساً[٥] .

٤ ـ وكذلك قالوا أن المكره مختار فيما يتكلم به اختياراً كاملا إلا أنه غير راض بالحكم وذلك إذ اختار أهون الضررين فهذا الاختيار دليل على أن إرادته قائمة[٦] .

ولكن على ما يبدو أن رأي جمهور الفقهاء هو القوي الراجح لأن عموم آيات القرآن خصّ منها حالات كثيرة كطلاق المجنون مثلا ثم أن القياس على الهازل قياس

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٥ .
(٢) صحيح البخاري (فتح الباري) ج ٩ ص ٣٢٠
(٣) البدائع ج ٣ بص ١٠٠
(٤) الجوهرة ج ٢ ص ٣٣
(٥) تبين الحقائق للزيلعي ج ٢ ص ١٩٥ وفتح القدير ج ٣ بص ٣٩ .
(٦) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٥ نظرية العقد للإمام الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله .

غير دقيق لأن الهازل قصد اللفظ باختياره الكامل ولكن لم يقصد الأثر المترتب عليه وكذلك أن اختيار المكره بين أمرين اختيار قائم على أساس إرادة غير سليمة .

٣ ـ طلاق السكران :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق السكران واقع إذا كان سكره بمحرم أما إذاكان السكر بسبب مباح كعلاج أو دواء فلا يقع طلاقه ، وكذلك من أكره على السكر فطلق فطلاقه غير واقع .

وعلل فقهاء المالكية ذلك بقولهم : « هذا مبالغة في لزوم طلاق المسلم المكلف إذ سكره لا يخرجه عن التكليف فيلزمه طلاقه كا لو سكر سكرا محرماً كالخمر والنبيذ وهذا إذا تعمد شرب المحرم . أما إذا لم يتعمد كظنه لبنا أو ماء لم يلزمه الطلاق » .

وأدلة هؤلاء الفقهاء في وقوع طلاق السكران :

١ ـ **قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ .**

وجه الاستدلال : أن السكارى مكلفون أثناء السكر بعدم القيام إلى الصلاة حتى يعلموا ما يقولون . لأنه لو لم يكونوا مكلفين حال سكرهم لما وجه إليهم الخطاب ، وهذا دليل اعتبار إرادتهم .

٢ ـ أن سبب زوال عقل السكران هومعصية فلا يزول عنه الإثم ولا الخطاب عقوبة عليه وزجرا له بخلاف ما لو كان سبب السكر مباحا فلا يقع طلاقه . وقال الظاهرية[1] والجعفرية[2] لا يقع طلاق السكران وبه أخذ الطحاوي والكرخي وهو أحد قولي الشافعي وقول للإمام مالك وقول للإمام أحمد[3] ، رجحه ابن

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ٢٠٨ .

(٢) السرائر ص ٣٣٧ .

(٣) فتح القدير ج ٣ ص ٤١ مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٧٩ المغني ج ٨ ص ٢٥٥ .

تيمية وقال لا يقع طلاق السكران ولو سكر بمحرم[1] غير أن مذهب الإمام أحمد كما صرح صاحب الانصاف هومع جمهور الفقهاء[2] .

دليل من قال بعدم وقوع طلاق السكران :

١ ـ أن السكران فاقد الإرادة فهو أشبه بالمجنون وما ينطق به لا يعبر عن قصد وتصميم فعبارته ملغاة لا أثر لها وقد ورد في صحيح البخاري أن حمزة عم النبي ﷺ دخل عليه مرة وهو سكران فقال له : « وهل أنتم إلا عبيد أبي » ، فلم يكلمه الرسول عليه الصلاة والسلام بل تركه وخرج[3] .

فلو كان مؤاخذا بأقواله لما تركه الرسول عليه الصلاة والسلام دون عقوبة .

وكذلك ما ورد في قصة ماعز حين أقر بالزنا أمام النبي فأمر من يستنكهه ليعرف هل هو سكران فلا يؤاخذه بأقواله أم هو صاح فيعاقبه . فدل هذا على أن السكران غير مؤاخذ .

٢ ـ إن عدم وقوع طلاق السكران هو مذهب عثمان بن عفان فقد روي عنه : « ليس لمجنون ولا لسكران طلاق »[4]

٤ ـ طلاق المخطىء :

المخطىء هو من سبق لسانه إلى لفظ لا يقصده ، فمن أخطأ لسانه ولفظ بالطلاق وهو لا يقصد كما لو أراد أن ينادي زوجته فأخطأ لسانه فقال لها أنت طالق فهل يقع طلاقه ؟ . . .

قال جمهور الفقهاء : لا يقع طلاق المخطىء وذلك لقوله عليه السلام : « إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

---

(١) الاختيارات العلمية ص ١٥٠ ويقول ابن القيم في زاد المعاد ج ٤ ص ٤٠ : « وعدم الوقوع . . . مذهب أحمد في إحدى الروايات عنه وهي التي استقر عليها مذهبه وصرح برجوعه إليها » .

(٢) الانصاف ج ٨ ص ٤٣٣ .

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٩ ص ٣٢٠ .

(٤) مختصر الطحاوي ص ٢٨٠ ـ ٢٨١ .

أما فقهاء الحنفية فقد ذهبوا إلى وقوع طلاق المخطىء لأن القصد ليس شرطا في صحة الطلاق .

٥ ــ طلاق المدهوش :

المدهوش هومن فقد تمييزه فترة من الزمن طلق فيها زوجته دون وعي أو قصد للطلاق .

يقول ابن عابدين[١]

فالذي ينبغي التعويل عليه في المدهوش ونحوه إناطة الحكم بغلبة الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته . وكذا يقال فيمن اختل عقله لكبر أومرض أو لمصيبة فاجأته فما دام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال فلا تعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح .

٦ ــ طلاق الغضبان غضبا شديداً :

إذا وصل الغضب إلى درجة فقد الوعي فلا يقع الطلاق إذا أصبح الرجل لا يدري ماذا يقول أو يفعل للحديث : لا طلاق في إغلاق وفسر الاغلاق بالإكراه وبالغضب الشديد . أما الغضب العادي فلا أثر له لأن أكثر الناس يطلقون وهم في حالة غضب والعبرة لفقد الإدراك نتيجة الغضب[٢] .

٧ ــ طلاق الصبي :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق الصبي المميز غير واقع لقوله عليه السلام : رفع القلم عن ثلاثة : النائم حتى يستيقظ ، والصبي حتى يبلغ ، والمجنون حتى يفيق أو يعقل .

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٤٣٨ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٤ .

وهناك رواية في المذهب الحنبلي بوقوع طلاق المميز إذا قارب البلوغ[٣] وفي المذهب المالكي رواية أيضاً بوقوع طلاق الصبي المميز الذي يعقل الطلاق وقارب سن البلوغ[١] .

٨ ـ طلاق المجنون والمعتوه :

لا خلاف بين الفقهاء على أن تصرفات المجنون والمعتوه باطلة لأنه فاقد الإدراك فإذا طلق المجنون لا يقع طلاقه لأن كل تصرف قولي من فاقد الإرادة لا عبرة به خلافا للتصرفات الفعلية[٢] .

فإذا أرادت زوجة المجنون الطلاق رفعت أمرها للقاضي وهو الذي يقدر المصلحة في استمرارها و في تطليقها من زوجها .

٩ ـ السفيه :

إذا حجر على السفيه فطلق زوجته فإن طلاقه واقع عند جمهور الفقهاء خلافاً للشيعة الجعفرية .

جاء في مشروع القانون في المادة ١٠٨ :
يشترط لوقوع الطلاق من الزوج أن يكون بالغا عاقلا مختارا قاصدا اللفظ الذي يقع به الطلاق ، واعيا لما يقول .

فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمخطىء والمدهوش والغضبان الذي أخرجه الغضب عن عادته وصار كالمكره على الطلاق .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٠ .

(٢) تصح تصرفات المجنون الفعلية كإتلافه مال الغير حيث يلزم بالتعويض المدني عما أتلف ولكن يعفى من المسؤولية الجزائية فلا يعاقب .

الإنابة في الطـــلاق

يجوز للزوج أن يفوض أمر الطلاق إلى زوجته هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ودليله في هذا[١] :

أن نساء النبي ﷺ شكون إليه في يوم ما قلة النفقة فنزل قوله تعالى : ﴿ **ياأيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ، وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما** ﴾ . عندئذ خير النبي ﷺ زوجاته بين البقاء أو الفراق ، وعلى هذا فالزوج إذا خير زوجته فإن اختارته فلا شيء وإن اختارت نفسها كان ذلك طلقة واحدة .

وجاء في صحيح البخاري[٢] عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت : « خيّرنا رسول الله ﷺ فاخترنا الله ورسوله فلم يعد ذلك علينا شيئا »[٣] .

وخالف الظاهرية[٤] فقالوا لا يجوز للزوج أن يفوض زوجته بطلاق نفسها لأن التخيير في الآية ليس معناه الطلاق أو البقاء بل التخيير بين الدنيا والآخرة[٥] .

وقال فقهاء الحنابلة : إذا وكل الزوج شخصاً بطلاق زوجته صحت الوكالة فإن طلق الوكيل وقع الطلاق وتنتهي الوكالة بالفسخ صراحة أو دلالة كما لو وطأ الزوج زوجته فسخت الوكالة لأن ذلك يدل على رغبة الزوج بعدم الطلاق قياساً على وطء الزوج زوجته المطلقة طلاقاً رجعياً خلال العدة حيث تنتهي العدة وتصح المراجعة بمجرد وطئها لأن ذلك يدل على رغبته بمراجعة زوجته[٦] .

---

(١) البدائع ج ٣ ص ١١٩ .
(٢) صحيح البخاري ج ٩ ص ٣٠٢
(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ٦٧ .
(٤) المحلى ج ١٠ ص ٢١٦ . فتح الباري ج ٩ ص ٣٠٢ .
(٥) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٤٣٩ .
(٦) المغني ج ٥ ص ١٢٨ .

التوكيل في الطلاق :

للزوج أن يوكل غيره بطلاق زوجته ، والوكيل يعبر عن رأي الموكل فليس له التصرف في غير ما وكل به ، هذا الوكيل قد يكون أجنبيا وقد يكون الزوجة نفسها وحينئذ يسمى التوكيل تفويضا أو تمليكا لأن الزوجة تتصرف برأيها وحسب مصلحتها فتطلق نفسها إن شاءت أو تبقى على الحياة الزوجية بوضعها المستقر أي أن الزوجة تعبر عن رأيها لا عن رأي زوجها كما في الوكيل الأجنبي .

وإذا فوض الزوج أمر الطلاق لزوجته أصبحت عصمتها بيدها تطلق نفسها متى أرادت وليس للزوج الحق في إلغاء هذا التفويض بينما يملك في كل وقت إلغاء التوكيل لغير الزوجة . هذا عند الحنفية . وأجاز المالكية إلغاء التفويض إذا كان خلال الحياة الزوجية .

كما يجوز للزوجة أن تشترط خلال إنشاء عقد الزواج أن تكون عصمتها بيدها فإذا وافق الزوج على هذا الشرط أصبح للزوجة الحق في أن تطلق نفسها بموجب الشرط في الوقت الذي تريد وتبقى آثار الزواج من مهر وغير ذلك كما لو طلق الزوج تماما . وفي هذه الحالة لا يجوز إلغاء التفويض حتى عند المالكية .

والتفويض ـ أو اشتراط الزوجة حق طلاق نفسها ـ اثناء انعقاد العقد يتم كما لو قالت امرأة لرجل يحل لها شرعا أمام شاهدين : زوجت نفسي منك على أن يكون أمري بيدي أطلق نفسي متى شئت أو كلما أردت ، فإذا قال لها الرجل قبلت صح الزواج ، وكان أمر طلاقها بيدها تطلق نفسها متى أرادت .

أما إذا بدأ الزوج الإيجاب فقال لها : تزوجتك على أن أمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت فقالت قبلت صح العقد ولم يصح التفويض فلا تملك تطليق نفسها بيدها .

والفرق بين المسألتين : أن الزوج إذا بدأ بالإيجاب كان التفويض قبل النكاح فلا يصح لأنه هو نفسه لا يملك حق الطلاق في هذه اللحظة حين يفوضه إلى الزوجة

لأن بالإيجاب وحده لم يصبح زوجا بعد ، فلا يملك الزوج الطلاق وبالتالي لا يملك تفويضه إلى زوجته قبل تمام العقد بالإيجاب والقبول .

أما إذا بدأت الزوجة الإيجاب فإن التفويض يكون بعد تمام العقد فإذا قال لها الزوج قبلت تم العقد فمثلا إذا قالت له : زوجتك نفسي على أن طلاقي بيدي فقال لها قبلت فالقبول هنا تم به العقد مع الشرط معا لأنه حصل بعد الإيجاب والقبول وتمام العقد ، ومتى تم العقد ملك الزوج حق الطلاق وبالتالي حق تفويض زوجته به .

هذا إذا كان التفويض أثناء إنشاء العقد ، أما التفويض خلال قيام الزوجية فيصح بكل عبارة تفيد معنى التفويض إن صدرت من الزوج لأن العقد تم صحيحا وملك الزوج حق الطلاق وبهذا يملك حق التوكيل والتفويض لمن أراد .

وقال الحنابلة : إن لفظ الأمر أو التخيير من ألفاظ الكناية التي لابد لها من نية من قبل الزوج فلو قال لها : أمرك بيدك أو اختاري نفسك ونوى بذلك جازت الإنابة فإن طلقت الزوجة نفسها بلفظ كنائي أيضاً احتاج إلى نية كما لو قالت اخترت نفسي فلابد من نيتها أيضا أي أن تنوي الطلاق .

أما ان استعملت اللفظ الصريح كما لو قالت طلقت نفسي فلا تحتاج إلى نية .

وقال الحنابلة أيضاً : إذا قال لزوجته أمرك بيدك فلها أن تطلق نفسها ثلاث طلقات وإن نوى واحدة . والأمر بيدها مالم يفسخ أو يطأ زوجته .

وقال بعض الحنابلة يتقيد الأمر مادامت بالمجلس . أما إن قال لها اختاري نفسك فلا تملك أن تطلق نفسهاأكثر من طلقة واحدة إلا إذا جعل لها أكثر من ذلك صراحة .

ويبطل الخيار بوطء الزوج زوجته .

وفي المذهب رواية عن الإمام أحمد في عدم إبطال الخيار بالوطء لأن هذا الحق

يثبت على الفور كما يثبت على التراخي[1]

ما ذهب إليه مشروع قانون الإمارات :

م ١١٢ ف أ : للزوج أن يوكل غيره بالطلاق ، ولا يملك الوكيل أن يوكل غيره إلا بإذنه ويعتبر تفويض غير الزوجة توكيلا .

ف ب : إذا عزل الموكل الوكيل انتهت الوكالة وإن لم يعلم الوكيل .

نلاحظ في هذه المادة أنها أجازت للزوج إنابة غيره في إيقاع الطلاق فإن كانت النيابة للزوجة سمي تفويضا وإن كان لغيرها كان توكيلا .

أما عزل الموكل للوكيل فيخضع للقواعد العامة وقد ذهب مشروع القانون على إحدى روايتين في المذهب الحنفي أن التوكيل يلغى ولو لم يعلم بذلك الوكيل أما الرواية الثانية فتشترط علم الوكيل بالعزل .

م ١١٣ : ف أ : للزوج أن يفوض زوجته بتطليق نفسها ، فإذا فوضها كان لها أن تطلق نفسها متى شاءت ، ويعتبر هذا التفويض توكيلا ، له الرجوع عنه ، سواء صدر بلفظ التفويض أو بلفظ الأمر بالتطليق أو بلفظ تمليك الطلاق أو بجعل أمرها بيدها .

ف ب : إذا كان التفويض واقعا في عقد الزواج فلا يملك الزوج عزل الزوجة منه ولا الرجوع عنه ، كما أنه لا يبطل بزوال أهليته .

نلاحظ أن مشروع القانون استمد من المذهب المالكي أحكام إنابة الزوج لزوجته أمر طلاق نفسها حيث فرق بين حالتين :

أ ــ الحالة الأولى : إذا كان التفويض أثناء عقد الزواج فلا يملك الزوج الرجوع عنه لأنه تمليك للزوجة لا يسري عليه أحكام الوكالة ، لأن الوكيل في عقد

---

(١) الانصاف ج ٨ ص ٤٩١ .

الوكالة يملك الرجوع عن توكيله في كل وقت كما أن الوكالة تبطل بجنون الموكل بينما في هذه الحالة التي يفوض الزوج زوجته طلاق نفسها أثناء تكوين الزواج لا يسري عليه أحكام التوكيل :

ب ـ أما الحالة الثانية : وهي التوكيل خلال الحياة الزوجية فتسري عليه أحكام الوكالة من حيث العزل والبطلان .

وهذا على خلاف المذهب الحنفي حيث اعتبر إنابة الزوج لزوجته أمر الطلاق تفويضا سواء تم أثناء الزواج أم خلال الحياة الزوجية فلا يجوز له الرجوع عنه ولا تسري عليه أحكام الوكالة لتعلق حق الزوجة بهذا التفويض خلافا للوكيل العادي الذي لا مصلحة له في الطلاق فهو يعبر عن إرادة الزوج بإيقاع الطلاق .

كما نص مشروع القانون على أن الزوجة إذا طلقت نفسها وقع الطلاق رجعيا مالم يوجد سبب من أسباب البينونة في هذا القانون .

ولابد لنا ونحن نشرح أحكام إنابة الزوج للغير أمر الطلاق من توضيح الأمور التالية :

١ ـ إن إنابة الغير حق الطلاق لا يعني سلب هذا الحق عن الزوج ولو كان تفويضا للزوجة ، ففي هذه الحالة تشارك الزوجة أمر طلاق نفسها أي إذا طلقت نفسها وقع الطلاق وإذا طلق الزوج وقع الطلاق أيضا .

٢ ـ إن اللفظ الذي تستعمله الزوجة هو نفس اللفظ الذي يستعمله الزوج لأنها تطلق نفسها نيابة عنه ، فإذا كان الطلاق المعلق على شرط لا يقع إلا حين وجود الشرط كان طلاق الزوجة لنفسها المعلق على شرط يأخذ نفس الحكم ، وإن كان بلفظ كنائي فلابد من النية كذلك .

٣ ـ إذا كان الزوج قد طلق طلقة واحدة فتعد طلقة الزوجة هي الطلقة الثانية .

٤ ـ ويعد طلاق الزوجة نفسها طلاقاً رجعياً في مشروع القانون إلا ما نص على كونه بائناً كالطلاق قبل الدخول .

ونحن نرى في مثل هذه الحالة ضرورة أن ينص القانون على اعتبار طلاق الزوجة نفسها طلاقا بائنا لأن غرض الزوجة بأن تكون العصمة بيدها هو خلاصها من زوجها فإن كانت الطلقة رجعية فلا يحصل لها المراد من هذا الطلاق لأن الزوج يستعمل حقه في المراجعة فيراجعها ولهذا يحول بينها وبين غرضها بالتفويض وهو أن تنهي حياتها الزوجية بإرادتها في الوقت الذي تريد .

ويرى فقهاء المالكية أن الزوج إذا فوض لزوجته طلاق نفسها فإنه يحال بينه وبينها حتى تعبر عن إرادتها بالطلاق أو البقاء فإن رفضت التعبير عن رأييها رفع الأمر للقاضي حيث يسقط هذا التفويض ولا يصح الإمهال فيه ولو رضي الزوج لأن ذلك من حقوق الله تعالى ولا يجوز أن تبقى الزوجة بحالة الشك بين الطلاق والفراق .

ولا تستحق الزوجة النفقة الزوجية خلال هذه الفترة ، أما إذا مات أحدهما فإن[1] الآخر يرثه لأن الميراث ثابت بينهما بموجب عقد الزواج[2] .

وما ذهب إليه المالكية في هذا الموضوع يختلف عما قرره فقهاء المذهب الحنفي .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ١٠٠ رد المحتار ج ٢ ص ٧٣٠ .

(٢) الدسوقي علي خليل ج ٢ ص ٧٤٤ .

الطلاق التعسفي

يبدو لنا الطلاق التعسفي في كل واقعة طلاق أقدم الزوج فيها علـى طلاق زوجته دون سبب أو مسوغ شرعي ومن أبرز هذه الصور :

١ ــ طلاق المريض مرض الموت .
٢ ــ طلاق المرتـد .
٣ ــ الطلاق بدون سبب .

إن هذه الحالات الثلاث وغيرها يقع بها الطلاق إنما يعد الزوج آثما لأنه أقدم على الطلاق بدون سببه الحقيقي المشروع ولهذا ترتب عليه بعض الآثار المادية من ميراث وتعويض ونحوها مع وقوع الطلاق على الزوجة والإثم على الزوج .

١ ــ طلاق المريض مرض الموت :

تعريف المـرض :

للمريض مرض الموت أحكام خاصة في الشـريعة الإسـلامية يعمـل بها في القانون المدني والذي يهمنا ما يتعلق بأحكام الطلاق ، ومرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارج داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية في داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أم لم يكن . وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكـون تصرفـاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله ، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله قبل مضي سنة يعدّ حاله اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت[1] .

---

(١) الفتاوي الهندية ج ٤ ص ١٧٦ . ويلحق بالمريض مرض الموت كل إنسان صحيح صار في حالة يغلب هلاكه فيها ويتصل موته بها كرجل هاج به البحر وأصبحت سفينته على خطر الغرق .

ونحن لا نتعرض لأحكام تصرفات المريض في المعاملات المالية إنما نوضح مدى تأثير هذا المرض بآثار الطلاق .

فإذا طلق الزوج المريض مرض موت زوجته طلاقا بائنا ثم مات وهي في العدة فالأصل أن الطلاق البائن يقطع العلاقة الزوجية فلا توارث بين الزوجين لأن الزوجة تبين من زوجها في الطلاق البائن بمجرد الطلاق .

إلا أن جمهور الفقهاء لاحظ أن من يطلق زوجته وهو مريض مرض الموت بدون رضاها إنما يقصد بذلك غير الطلاق الذي شرعه الله علاجا لاستحالة استمرار الحياة الزوجية ، بل يقصد هنا حرمانها من الميراث وسموا ذلك بطلاق الفار لأنه يهرب من توريث زوجته ، فالطلاق واقع ولكن الخلاف حول ميراثها منه :

أ ــ قال الشافعية[١] والظاهرية[٢] : إن طلاق المريض مرض الموت كالصحيح فإن كان بائنا فلا توارث بين الزوجين .

ب ــ وقال الحنفية[٣] : ترث زوجة المريض مرض الموت إن طلقها ومات وهي ما تزال في العدة ولو كان الطلاق بائنا . أما إذا انتهت العدة ومات الزوج بعد ذلك فلا ميراث .

جـ ــ وذهب الحنابلة[٤] إلى أن الزوجة ترث زوجها المريض ولو مضت العدة ما لم تتزوج .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٧ وفي المذهب الشافعي قول آخر أن زوجة المريض مرض الموت ترث زوجها إن مات وهي في العدة .

(٢) المحلي ج ١٠ ص ٢١٨ .

ويرد ابن حزم على جمهور الفقهاء بقوله : كان الأولى أن يبطلوا طلاقه الذي به أراد منعها من الميراث وأما تجويزهم الطلاق وإبقاؤهم الميراث فمناقضة ظاهره الخطأ .

(٣) المبسوط ج ٦ ص ٥٥ .

(٤) المحرر ج ١ ص ٤١١ . الإنصاف ج ٧ ص ٣٥٦ .

د ــ أما المالكية[1] فقالوا : إن حق الزوجة الذي طلقها زوجها وهو مريض مرض الموت لا ينقطع وترثه ولو تزوجت لأن زوجها قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده السيء وذلك بتوريثها منه رغم الطلاق البائن .

وذكر المالكية[2] أن الرجل لا يرث من زوجته إذا ماتت وهو في مرض الموت بعد طلاقها منه « فإذا طلق الزوج زوجته في مرض موته ثم ماتت فيه فإنه لا يرث منها ولو كانت مريضة ، لأنه أسقط حقه بيده .

أما إن مات هو فإن زوجته ترثه لأنه فار بطلاقها سواء أكانت مدخولاً بها أم لا انقضت عدتها وتزوجت أم لا » .[3]

وقال فقهاء الشيعة الجعفرية[4] .

إذا طلق المريض زوجته فإنهما يتوارثان ما دامت في العدة فإذا انقضت عدتها ورثته ما بينها وبين سنة مالم تتزوج فإن تزوجت فلا ميراث لها ولا فرق إن كانت الطلقة الأولى أو الثانية أو الثالثة وسواء كان له عليها الرجعة أم لم يكن فإن الميراث ثابت بينهما .

على أنه لابد من شروط لتحقق الميراث :

١ ــ أن يكون الطلاق بدون رضاالزوجة أما إذا كان برضاها فهنا لا ترث زوجها وكذلك إذا كان الطلاق بناء على طلبها ، ويورث المالكية الزوجة ولو كان الطلاق تم برضاها

٢ ــ أن تبقى لها أهلية الميراث قائمة أما إذا ارتدت فلا ميراث لها .

---

(١) القوانين الفقهية ص ٢٢٤ .

(٢) الدسوقي علي خليل جـ ٢ ص ٤٠٥ .

(٣) شرح الخرشي على متن خليل ج ٣ ص ١٥٥ .

(٤) السرائر ص ٣٣٧ .

وقد جاء في القانون السوري :

من باشر سببا أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضى زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها ترث بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت .

وعلى هذا فإن طلاق الفار يشترط لميراث زوجته منه ما يلي :

١ ــ أن يكون الطلاق في مرض الموت بائنا أما الرجعي فإنها ترثه في جميع الحالات سواء أكان صحيحا معافى أم مريضا .
٢ ــ أن يكون الزوج طائعا مختارا بطلاقة .
٣ ــ أن لا يكون الطلاق بناء على طلب الزوجة ولا برضاها .
٤ ــ أن تستمر أهلية الزوجة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة .

وقد انفرد القانون العراقي بالنص على عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت، وهذا يخالف جميع الآراء والمذاهب الفقهية فلم يقل أحد بعدم وقوع طلاق المريض بل الخلاف حول توريث زوجته منه إن كان الطلاق بائنا ، إذ كيف لا يقع طلاق المريض ونحن لا نعرف تحديد هذا المرض إلا بعد الوفاة . فإذا طلق رجل مريض زوجته وقلنا بعدم وقوع طلاقه ثم شفي من هذا المرض وتبين أنه لم يكن مرض موت فما حكم طلاقه ؟ . . .

٢ ـ طلاق المرتد :

إذا ارتد الزوج بانت زوجته ولا ترث منه لأن من شرائط الميراث اتحاد الدين بين الوارث والمورث إلا أن الفقهاء ألحقوا المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبروه فارامن ميراث زوجته فيرد عليه قصده السيء ، ولا يجوز للمرتد أن يتزوج ، فإن تزوج كان زواجه غير صحيح .

وقال الفقهاء أن المرتد ترثه زوجته المسلمة إذا مات أو قتل على ردته ما دامت في

العدة لأنه يصير فاراً وإن كان صحيحاً وقت ردته[1] .

٣ ـ الطلاق بدون سبب :

ذكرنا أن الأصل في الطلاق الحظر وأنه لا يباح إلا لحاجة على الرأي الراجح لدى الفقهاء ، وقد ذهب القانون السوري إلى بيان حكم الطلاق بدون سبب في المادة التالية :

إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال .

وهذه الخطوة تعد خطوة جديدة في تشريعات الدول العربية وفي القانون السوري .

وقد بدأت القوانين العربية تأخذ بذلك تمشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية كما سنذكر في مصادر هذا الحكم بعد قليل .

ويشترط في التعويض أن يتوافر أمران :

١ ــ أن يكون الطلاق دون سبب معقول وعلى الزوج أن يثبت ذلك .
٢ ــ أن يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقة .

ولا فرق في هذا إن كان الطلاق قبل الدخول أو بعده ، لأن التعسف قد يكون في الحالتين وكذلك بالنسبة لفقر الزوجة وبؤسها .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٣٩٢ .

وقد قيد الشارع السوري نفقة التعويض بأن لا تتجاوز نفقة ثلاث سنوات وأعطى القاضي حق التقدير فقد يحكم بتعويض نفقة يوم أو شهر أو سنة أو ثلاث سنوات ، كما أعطى القانون للقاضي حق تقدير السبب المعقول الذي يقدمه الزوج المطلق ، وله أيضا أن يقسط هذا التعويض على دفعات أو دفعة واحدة .

هذا فضلا عن الحقوق الزوجية الأخرى التي تستحقها الزوجة المطلقة من مؤخر المهر ونفقة العدة إلى غير ذلك من أحكام .

المصدر الفقهي لهذا التعويض :

لم يذكر فقهاؤنا كلمة التعويض وهم يبحثون أحكام الطلاق وما يترتب عليه من آثارشرعية وحقوق مادية غير أنهم عرفوا نوعا آخر سموه بالمتعة .

والمتعة هي ما يدفعه الزوج المطلق لمطلقته تعويضا عما أصابها من جراء الطلاق إضافة لمؤخر المهر ونفقة العدة .

وقد اختلف الفقهاء في وجوب المتعة : قال بعضهم تجب لكل مطلقة وقال آخرون بل يندب ذلك .

١ ــ الظاهرية : قال فقهاء الظاهرية : إن المتعة واجبة لكل مطلقة وذلك لقوله تعالى : ﴿ **ومتعوهنّ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين** ﴾[1] .
ولا تقدير للمتعة بل يترك أمر تقديرها للعرف لأننا إذا رجعنا إلى صحابة رسول الله ﷺ نجد أن كلا منهم قد متع مطلقته بحسب حاله ورغبته دون تحديد .

٢ ــ وقال الشافعية : تجب المتعة لكل مطلقة ما عدا من طلقت قبل الدخول وكان قد

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ٢٤٥ .

سمي لها مهرا فلها نصفه بنص القرآن الكريم[1] .

وقدرها فقهاء الشافعية بأن لا تزيد على مهر المثل وقيل يقدرها القاضي . وقد اشترطوا لوجوب المتعةأن لا يكون الطلاق بسبب من الزوجة .

٣ ــ وقال الحنفية : إن الطلاق الذي تجب فيه المتعة هو ما كان قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه ولم يكن سبب الفرقة من قبل الزوجة وإلا فلا متعة لها . أما المطلقة بعد الدخول فيستحب لها المتعة سواء سمي لها المهر أم لم يسم ، وعلى كل حال يجب أن لا تزيد المتعة عن نصف مهر المثل[2] .

٤ ــ أما المالكية فلديهم قولان في المتعة : أشهرهما أنها مستحبة لكل مطلقة والقول الثاني أنها واجبة[3] ، وقد رجح القرطبي القول بالوجوب فقال بعد أن ذكر رأي من قال بالوجوب ومن قال بالندب . « والقول الأول أولى لأن عمومات الأمر بالإمتاع في قوله تعالى : ﴿ **ومتعوهنّ** ﴾ . وإضافة الامتاع إليهن بلام التمليك بقوله تعالى : ﴿ **وللمطلقات متاع** ﴾ . أظهر في الوجوب منه في الندب ، وقوله تعالى : ﴿ **على المتقين** ﴾ : تأكيد لإيجابها لأن كل واحد يجب عليه أن يتقي الله[4] .

وأما حد المتعة فقال مالك : ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها .

٥ ــ الحنابلة : وعند الحنابلة ثلاث روايات أشهرها أن للمطلقة قبل الدخول المتعة إذا لم يسم لها مهرا وجوبا ويستحب لغيرها .

---

(١) مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٤١ .
(٢) الجوهرة على القدوري ج ٢ ص ١٦ .
(٣) شرح الخرشي ج ٣ ص ٢٧٧ .
(٤) تفسير القرطبي ج ٣ ص ٢٠٠ .

جاء في المحرر[1]

ولا متعة إلا لهذه المفارقة قبل الفرض والدخول .

وعنه (أي الإمام أحمد) تجب لكل مطلقة .

وعنه تجب للكل إلا لمن دخل بها وسمى مهرها .

هذه هي أحكام المتعة في الفقه الإسلامي وهي تعويض عما أصاب الزوجة المطلقة من تضررها بالطلاق ولا فرق في حقيقة الأمر أن سمى هذا بالتعويض أم بالمتعة وتقديرها كما ذكر الفقهاء يخضع لتقدير القاضي حسب العرف ويسار كل من الزوجين .

وفي مشروع قانون الأمارات م ١٧١ :

الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولم تكن إساءة من قبلها تستحق عدا نفقة عدتها متعة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة حسب حال الزوج وتدفع على أقساط شهرية عقب انقضاء عدتها مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك في المقدار أو كيفية الدفع .

مقارنة بين مشروع قانون الأمارات والقانون المغربي وما ذهب إليه القانون السوري

نلاحظ أن التشريعات العربية اتجهت في تعويض المطلقة اتجاهين يتلاقيان لمصلحة المرأة التي طلقها زوجها سواء أكان ذلك بسبب أم بدون سبب ؟ .

١ ــ الاتجاه الأول :

هو ما ذهب إليه القانون السوري من تعويض للمطلقة التي طلقت بدون سبب فجعل لها تعويضا مقيدا بالقيود التالية :

---

(١) المحررج ٢ ص ٣٧ .

١ ــ أن يكون الزوج متعسفا في طلاقه أي طلق زوجته دون سبب شرعي .
٢ ــ أن تكون الزوجة بحاجة إلى نفقةكما لو كانت في بؤس وفقر وحاجة .
٣ ــ جعل القانون السوري هذا التعويض اختياريا فالقاضي أن يحكم به وله أن لا يحكم به ولو توافرت شروطه .
٤ ــ وكذلك حدد القانون السوري الحد الأعلى لهذا التعويض بأن لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات وقد يكون نفقة شهر واحد .

وقد كان القانون السوري محل نقد من بعض العلماء الأفاضل ، ولكننا قلنا وما زلنا نقول كلمة الحق دفاعاً عن حكم شرعه الله سبحانه وتعالى ولم يطبق في قوانيننا حتى جاء هذا القانون عام ١٩٥٣ فاستعمل كلمة التعويض بدلاً عن كلمة المتعة التي اتفق الفقهاء على أنها من حقوق كل مطلقة ما بين الندب أو الوجوب .

وإن كنا نرى أن استعمال اصطلاح المتعة الذي ورد في القرآن الكريم ضروري لعدم اللبس وليطمئن الزوج بأن ما يدفعه ليس تعويضا مدنياً ولكنه حق شرعي لمطلقته ولأن استعمال الاصطلاحات الفقهية والأحكام الشرعية لابد منه لإعادة صرح فقهنا الإسلامي إلى الحياة من جديد .

٢ ــ الاتجاه الثاني :

وقد ابتعد القانون المغربي عن تعبير التعويض إلى الاصطلاح الشرعي وهو المتعة وحسنا ما فعل فقد ورد في الفصل الستون من مجلة الأحوال الشخصية المغربية .

يلزم كل مطلق بتمتيع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحاله إلا التي سمي لها الطلاق وطلقت قبل الدخول .

وما ذهب إليه القانون المغربي هو ما نص عليه فقهاء المالكية وبقية الفقهاء الذين قالوا بمشروعية المتعة وإن اختلفوا في تفسير الآية القرآنية هل المتعة واجبة أم هي مندوبة وقد اختار القانون الوجوب على كل مطلق ما عدا من طلقت قبل الدخول

فلها نصف المهر فقط .

وقد سار مشروع قانون الأمارات بهذا الاتجاه نحو منح المطلقة متعة ما عدا المطلقة قبل الدخول ولم يسم ذلك تعويضا كما فعل القانون السوري . ونلاحظ في مشروع قانون الأمارات ما يلي :

١ ـ جعل المتعة أمرا واجبا بينما جعلها القانون السوري أمرا اختياريا .

٢ ـ استثنى مشروع القانون المطلقة بناء على رضاها أو طلبها من المتعة أما القانون السوري فقد اشترط أن يكون الطلاق بدون سبب وأن تكون الزوجة فقيرة أما لو كانت الزوجة غنية فلا تستحق هذا التعويض .

وقد ورد في مشروع القانون لوجوب هذه المتعة ألا تكون إساءة من جانب الزوج دفعت الزوجة للطلاق وبهذا يلتقي مع القانون السوري باشتراط ألا يكون الطلاق بسبب فإن كانت إساءة من جانب الزوجة فهذا سبب يعفي الزوج من التعويض والمتعة .

وبذلك نرى أن مشروع القانون وقف موقفا وسطا بين القانون السوري والقانون المغربي .

٣ ـ حدد مشروع القانون مقدار المتعة أن لا تتجاوز نفقة سنة بينما جعلها القانون السوري لا تتجاوز النفقة ثلاث سنوات كحد أقصى بحسب حال الزوج.

٤ ـ وكذلك يتفق المشروع مع القانون المغربي باستثناء المطلقة قبل الدخول من المتعة لأنها في هذه الحالة تستحق نصف المهر المسمى وهذا يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، بينما أطلق القانون السوري فأجاز منح التعويض لكل مطلقة سواء أكان الطلاق قبل الدخول أم بعده سمي لهامهر أم لم يسم لأن التعويض مرتبط بإساءة استعمال الحق وحاجة المرأة وفقرها فسواء حصل ذلك قبل الدخول أو بعده .

الباب الثاني

الطّلاق باتفاق الزوجين

المبحث الأول : تعريف مشروعية الخلع

المبحث الثاني : آثار الخلع

المبحث الثالث : الخلع في مرض الموت

المبحث الرابع : الخلع في مشروع قانون الأمارات العربية المتحدة

المبحث الأول
مشروعية الخلع

تعريف الخلع :

الطلاق باتفاق الزوجين وهو ما يسميه الفقهاء بالخلع هو إنهاء عقد الزواج على بدل تدفعه الزوجة لزوجها ، وقد عرّفه فقهاء المالكية بأنه الطلاق بعوض[(١)] .

ويعرف الحنابلة الخلع : فراق الزوج زوجته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة[(٢)] .

مشروعية الخلع :

الأصل في مشروعية المخالعة بين الزوجين هو القرآن والسنة والإجماع .

١ ـ القرآن الكريم : قوله تعالى ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان . ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ، إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون** ﴾[(٣)] .

---

(١) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٠٦ وقال الدرديري : هذا هو الأصل فيه وقد يكون بلا عوض إذا كان بلفظ الخلع بدون عوض .

(٢) كشاف القناع ج ٥ ص ١٦٧ ويعرف الأباطية الخلع بأنه فرقة بين الزوجين بردها إليه صداقها وقبوله إياه ، شرح النيل ج ٣ ص ٤٨٠ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

بعد أن ذكر الله تعالى ﴿ **الطلاق مرتان** ﴾ . عقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ذكر الله تعالى أن أخذ المال من الزوجة مما أعطاها الزوج لها حرام ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي : إذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها ، أو مع زوجها ففي هذه الحالة وأمثالها يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لقاء طلاقها ويسمى هذا بالخلع[1] .

وكذلك وردت آيات أخرى كقوله تعالى : ﴿ **وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهنّ قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ، أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا** ﴾[2] .

وقوله تعالى : ﴿ **وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير** ﴾[3] .

٢ ـ السنة النبوية : جاء في صحيح البخاري[4] عن عكرمة بن عباس قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ما أنقم على ثابت في خلق ولا دين إلا أني أخاف الكفر[5] ، فقال رسول الله ﷺ : « أفتردين عليه حديقته ؟ » . . .

قالت نعم فردت عليه حديقته فأمره ففارقها .

وفي رواية أخرى أنها قالت له : إني أبغض زوجي وأحب فراقه ، فقال

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٧ منتهى الإرادات ج ٣ ص ١٨٤ الروضة البهية ج ٢ ص ١٦٣ .

(٢) تفسير القاسمي ج ٥ ص ١٥٩٣ . تفسير الطبري ج ٤ ص ٥٨٠ .

(٣) سورة النساء آية ١٥٨ ، يقول بعض المفسرين في هذه حث على الصبر على نفس الصحبة لقوله تعالى : ﴿ **والصلح خير** ﴾ أي خير من الفرقة وسوء العشرة .

(٤) صحيح البخاري ج ٩ ص ٣٣٠ .

(٥) الكفر هنا بمعنى كفر العشير ومعنى كلامها أنها تخشى إن بقيت تحت عصمته ألا تقيم حدود الله في صحبتها لأنها لا تستطيع أن تؤدي واجباتها نحو زوجها .

لها : « أفتردين عليه حديقته التي أصدقك » . قالت : نعم وزيـادة . فقال النبي عليه السلام : « أما الزيادة فلا »[1] . . .

ولابد من الإشارة إلى أن الرسول عليه الصلاة والسلام ناقش كلا من الزوجين وعلم أن لا جدوى من استمرار حياتهما الزوجية لأن مجرد الشكوى لا تكفي للتفريق بل لابد من أن يتحقق القاضي من صحة الدعوى ويبذل جهده لـلإصلاح بـين الزوجين .

٣ ـ الإجمـاع : أجمع المسلمون على مشروعية الخلع بين الزوجين ، وقـال الإمام مـالـك : « لم أزل أسمـع ذلـك من أهـل العلم وهـو الأمـر المجمـع عليـه عندنا »[2] .

وقال الحنابلة[3] في المغنى : وهـو قول عمـر وعثمان . . . ولم يعـرف لهم في عصرهم مخالفا فيكون إجماعا[4] .

صيغة الخلع :

لابد في الخلع من إيجاب وقبول لذلك يشترط في الزوج أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة أهلا للمعاوضة المالية لأنها تدفع مبلغا من المال فيشترط فيها الأهلية المالية ، فلو كانت صغيرة فلا تصح مخالعتها وفي هذا تختلف عن المطلقة .

فإذا خالع الزوج زوجته وقبلت بذلك وكانت دون سن الرشد المالي فإنها لا تلتزم بدفع بدل العوض إلا بموافقة الولي المالي ، فإذا لم يوافق كان طلاقا لا خلعا .

---

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢١٣ وفي رواية أنها قالت : إني أبغض زوجي وأحب فراقه .
(٢) المدونة ج ٥ ص ٢٢ تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٣٨ .
(٣) المغني ج ٨ ص ١٨٤ .
(٤) تفسير الشوكاني « فتح القدير » ج ١ ص ٢١٣ .

وأجاز المالكيّة الخلع بالمعاطاة إذا قام العرف دليلاً على قصد كل من الزوجين بالفرقة ، وحينئذ لا يشترط الإيجاب والقبول صراحة كأن تعطيه شيئاً لقاء ذلك دون نطق بالطلاق[1] . وفي المذهب الحنبلي روايتان رجح ابن تيمية جواز المعاطاة بالخلع[2] .

بدل الخلع :

يجوز أن يكون بدل الخلع بكل ما صح أن يكون مهرا أي أن يكون متقوما أما إذاتمت المخالعة على مال غير متقوم كالخمر أو لحم الخنزير وقع الطلاق ولم يصح الخلع ، أي لا شيء للزوج على زوجته لأن بدل الخلع فاسد .

الخلع على إرضاع الصغير وحضانته والإنفاق عليه : إذا خالع الزوج زوجته على أن ترضع ولدها منه مدة الرضاعة بلا أجر فقبلت ، كان عليها أن ترضعه المدة المحدودة بحيث إذا لم تقم بهذا التعهد كان له أن يرجع عليها بأجر مثل الرضاعة عن المدة كلها أو ما بقي منها ، كما إذا مات الطفل أو ماتت الزوجة .

كما يصح أن يخالعها على أن تقوم بحضانة ولدها منه في مدة الحضانة بلا أجر ، فإنها تلزم بالحضانة ولا تستحق أجرا ، فإذا لم تقم بذلك رجع عليها بأجرة الحضانة .

أما لو كان في الخلع حق لآخر كحق الطفل فلا يصح ذلك كما لو خالعته على أن تمسك ابنها منه بعد تجاوز سن الحضانة . أو تتنازل له عن ابنها لقاء الفترة التي يجب أن يكون لدى أمه فيصح الخلع ويبطل الشرط[3] . لأن هذا الاتفاق بين الزوجين تضمن اعتداء على حق الصغير الذي أوجب الشارع أن يبقى فترة معينة

---

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٧ شرح الدردير ج ٢ ص ٤١٩ حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤١٩ .

(٢) الاختيارات العلمية ج ٣ ص ٢٦٨ المغنى ج ٨ ص ١٨٢ .

(٣) رد المحتار ج ٢ ص ٧٨٧ .

لدى أمه ، وفترة لدى أبيه مراعاة المصلحة التي لا يجوز لأحد الزوجين أن يتنازل عنها أو يعدلها .

أما إذا اختلعت على إمساك بنتها عندها إلى أن تبلغ الحلم فلها ذلك لأنه لا إضرار فيه للبنت إذ هي تحتاج مع حفظها إلى من يعلمها شؤون النساء[1] .

هذا ما ذهب إليه الحنفية فقد جاء في المبسوط[2] لا يجوز الخلع على أن تتنازل عن حضانة ولدها لأبيه لأن هذا حق للولد وبقاؤه عند أمه أنفع له . . . فإذا خالعته على ذلك ، فالخلع جائز والشرط باطل .

وورد في القانون السوري م ١٠٣ : إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط .

أما المالكية فقد قالوا في إحدى الروايتين أن الخلع بشرط إسقاط الحضانة للأب جائز وينتقل الحق له ولو كان هناك من يستحقها غيره قبله ، واشترط بعضهم أن لا يخشى على المحضون ضرر ما بعلوق قلبه بأمه أو لكون مكان الأب غير أمين وإلا فلا تسقط الحضانة ، وأذا مات الأب فهل تعود الحضانة للأم في هذه الحالة ؟ . . . أو تنتقل لمن بعدها لأنها أسقطت حقها روايتان المشهور أنها تنتقل لمن بعدها لأن الساقط لا يعود[3] .

المبحث الثالث : آثار الخلع

١ ـ الخلع على بدل طلاق بائن عند فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية ، أما إذا وقع الخلع ولم يثبت البدل كان طلاقا بحسب وضعه فقد يكون بائنا إن كان قبل الدخول مثلا أو الطلقة الثالثة[4] .

---

(١) البحر الرائق ج ٢ ص ٩٨ .
(٢) المبسوط ج ٦ ص ١٩٦ .
(٣) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٠٨ .
(٤) فتح القدير ج ٣ ص ٢٠٠ ـ بداية المجتهد ج ٢ ص ٤١ . الوجيز للغزالي ج ٣ ص ٤١ .

وكذلك إذا خالع الزوج زوجته الصغيرة المميزة يقع الطلاق ولا يلزم المال فلا يعد بائنا كالخلع مثلا .

وقال الحنابلة أن الخلع إذا لم ينو به الطلاق كان فسخا لا طلاقا[1] .

وقال فقهاء الظاهرية : إن الخلع طلاق رجعي ولكن لا تجوز المراجعة إلا بعد رد بدل الخلع[2] .

٢ ـ وقال الحنفية يسقط بالخلع كل حق مالي ثابت وقت الخلع لكل من الزوجين قبل الآخر مما يتعلق بالزواج الذي وقع الخلع منه ، فيسقط ما للزوجة من مهر لم تقبضه أو نفقة متجمدة لم تستوفها نشأت من هذا الزواج ، ويسقط ما للزوج من نفقة عجلها ولم تمض مدتها ، ومهر سلمه إليها ولم تستحقه بتمامه في هذه الزوجية . أما ما لم يكن ثابتا عند الخلع من حقوق هذه الزوجية كنفقة العدة وما كان ثابتا بسبب آخر غير الزواج كديون عادية فلا يسقط شيء منه بهذا الخلع إلا بموجب نص صريح في عقد المخالعة .

وحجة أبي حنيفة أن المخالعة تقتضي البراءة من كل الحقوق الزوجية وقطع أسباب النزاع .

أما الإمام أحمد فيرى أن الخلع لا يسقط من الحقوق إلا ما نص عليه صراحة في عقد المخالعة ، فهو كالطلاق على مال كلاهما يقع به الطلاق بائنا ويجب البدل المتفق عليه . أي لم يفرق الإمام أحمد كما فرق أبو حنيفة بين الخلع والطلاق على مال بوجوب سقوط الحقوق الزوجية .

---

(١) الانصاف ج ٨ ص ٣٩٢ . المغنى ج ٨ ص ١٨٥ المحرر ج ٢ ص ٤٥ .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٢٣٥ .

المبحث الثالث

الخلع في مرض المـوت

أولاً : خلع الزوجة المريضة مرض الموت

إذا خالعت الزوجة المريضةمرض الموت زوجها وماتت وهي في العدة فهل يصح الخلع ويستحق الزوج بدل الخلع الذي دفعته له ، أم تسترده دفعا لتهمـة التواطؤ بين الزوجين لحرمان بعض الورثة بهذه المخالعة الصورية .

في المذهب المالكي : أن الزوجة إذا اختلعت من زوجها بأكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد ، وإن اختلعت منه بقدر ميراثه فأقل ، فذلك جائز ولا يتوارثان[1] . ويعتبر الزائد على إرثه يوم موتها لا يوم الخلع ، وحينئذ يوقف جميع المال المخالع به إلى يوم الموت ، فإن كان قدر ارثه فأقل استقل به الزوج ، وإن كان أكثر رد ما زاد على إرثه . فإن صحت من مرضها تم الخلع وأخذ جميع ما خالعته به ولا توارث بينهما على كل حال[2] .

وقال الشافعية : إن خلع المريض مرض الموت صحيح إلا أنه في حدود مهر المثل أو ثلث التركة ، الأقل من هذين الشيئين[3] . أي إن خالعته بمهر مثلها جاز ذلك وإن زاد فالزيادة تعد وصية تخرج من ثلث تركته .

أما الحنابلة : وذهب الحنابلة إلى أن الزوجة إذا خالعت زوجها في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع صحيح وواقع إلا أن للورثة أن يرجعوا عليها بالزيادة أي لا ينفذ بدل الخلع إذا زاد على ميراث الزوج من زوجته خشية التهمة والتواطؤ بين الزوجين لحرمان الورثة .

---

(١) شرح الخرشي ج ٣ ص ١٥٨ .

(٢) الشرح الصغيرج ٢ ص ٥٢٩ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٧ ص ٤٦٦ .

أما إن شفيت من مرضها فالخلع صحيح وبدل الخلع نافذ بجميع المبلغ لأننا نتأكد حينئذ أن المخالعة لم تكن في مرض الموت[1] .

وقال فقهاء الحنفية : يعتبر الخلع بين الزوج الصحيح وزوجته المريضة مرض الموت خلعا صحيحا نافذا من حيث المفارقة . أما من حيث بدل الخلع فلا عبرة للمبلغ المتفق عليه بينهما ويستحق الزوج البدل حسب الحالات التالية :

أولاً : إذا توفيت الزوجة وهي في العدة كان للزوج أقل المبالغ الثلاثة :

١ ــ المبلغ المتفق عليه أي بدل الخلع .
٢ ــ ميراثه منها بصفته زوجا لها .
٣ ــ ثلث تركتها على اعتبار أن الوصية في حدود ثلث التركة .

ثانيا : إذا ماتت الزوجة بعد انتهاء العدة فللزوج الأقل من المبلغين التاليين :

١ ــ المبلغ المتفق عليه أي بدل الخلع .
٢ ــ ثلث تركتها لأنه لم يعد وارثا والوصية في حدود ثلث التركة[2] .

ثالثا : أما إذا شفيت وبرئت الزوجة من مرضها : استحق الزوج بدل الخلع بكامله مهما بلغ لأنه حينئذ نتأكد أن المرض لم يكن مرض الموت . بل مرض عادي ، وللشخص أن يتصرف في حدود ما يملك دون أي اعتراض إذا لم يكن في مرض الموت لأن أهليته كاملة ، فالزوجة إذن خالعت زوجها وهي في غير حالة المرض فخلعها صحيح وبدل الخلع نافذ لازم بتمامه مهما بلغت قيمته[3] .

---

(١) المغني ج ٧ ص ٨٩ .
(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ٨٠ . المغني ج ٨ ص ٢٢٣ . تحفة المحتاج ج ٧ ص ٤٦٦ . شرح الخرشي ج ٣ ص ١٥٥ .
(٣) راجع بحثا مفصلا في أحكام الخلع وآثاره في المذاهب الفقهية في كتابنا : مدى حرية الزوجين في الطلاق : المجلد الثاني من صفحة ٤٨٣ إلى صفحة ٦٤٨ .

ثانياً : خلع المريض مرض الموت :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن خلع المريض مرض الموت لزوجته خلع صحيح ونافذ قياساً على طلاقه لأن طلاقه صحيح وهو بدون عوض فأولى أن يكون صحيحاً بعوض وهو الخلع .

وقال المالكية : لا يجوز خلع المريض مرض الموت ديانة لأن في ذلك إخراج وارث وهو الزوجة في مرض موته ، فإن فعل نفذ ووقع الطلاق(١) .

وكذلك قال الشافعية يصح خلع المريض بأقل شيء لأنه يصح طلاقه مجاناً فأولى بشيء ولو قليلاً(٢) .

أما فقهاء الحنابلة فأجازوا خلع المريض مرض الموت مالم تظهر منه محاباة لزوجته كما لو أوصى لها بعد الخلع ليعطيها أكثر من ميراثها فيتبين أنه خالعها لتصبح غير وارثة تصح لها الوصية .

فإن أوصى لزوجته زيادة عن ميراثها فللورثة منعها من ذلك لأنه متهم في إيصال أكثر من حق الزوجة عن طريق المخالعة وأن الخلع كان وسيلة للوصية لها(٣) .

وهذا ما ذكره الزيديه حيث جاء في المنتزع المختار(٤)

ويصح الخلع إذا كان مريضاً ، وإنما ينفذ إخراج عوض الخلع في حال الخوف من الثلث إذا وقع الموت فيه .

وأجاز فقهاء الحنفية خلع المريض مرض الموت وقالوا : ولو اختلعت صحيحة

---

(١) شرح الخرشي ج ٣ ص ١٥٥

(٢) تحفة المحتاج ج ٧ ص ٤٦٦ مختصر المزني ج ٤ ص ٦٧ .

(٣) المغني ج ٨ ص ٢٢٣ وجاء في الانصاف ج ٨ ص ٤١٩ وان طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها وإن خالعها في مرضه أو حاباها ، فهو من رأس المال .

(٤) المنتزع المختار ج ٢ ص ٤٣٣ .

والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر[1] .

وأخيرا نختم هذا البحث **بحكم طلب الزوجة المخالعة من زوجها :**

إذا طلبت الزوجة من زوجها أن يخالعها ، فهل يجب عليه أن يلبي طلبها ، أم لا يجب عليه ذلك ؟ . . .

قال جمهور الفقهاء لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة غير أنه يندب إليه ذلك ، على أنه لابدأن نوضح رأي الجمهور بحرص الزوج على إصلاح ما بينه وبين زوجته وأمله باستمرار الحياة الزوجية . أما إذا كان يعتقد أن لا جدوى من ذلك وأن المرأة يصيبها ضرر من عدم المخالعة وأنها قد تسوء أحـوالها وأمورها ، فعندئذ يصبح الإمساك لها من الأضرار المحرم لقوله تعالى : ﴿ **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ .

وقال عمر بن الخطاب : « إذا أراد النساء الخلع فلا تكفروهنّ »[2]

وقال عطاء بن أبي رباح : « يحل الخلع والأخذ أن تقول المرأة لزوجها : إني أكرهك ولا أحبك[3] .

وقال الطبري[4] : غير أني أختار للرجل استحبابا إذا تبـين من امرأتـه أن افتداءها منه بغير معصية لله بل خوفا منها على دينها أن يفارقها بغير فدية ولا جعل .

وقال الحنابلة في المغنى[5] : ومن المندوب إليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

---

(١) البحر الرائق ج ٤ ص ٨٠ .
(٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣١٣ .
(٣) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٣٨ .
(٤) تفسير الطبري ج ٤ ص ٥٨٠ .
(٥) المغنى ج ٨ ص ٢٣٥ .

وقال ابن رشد المالكي في بداية المجتهد[1] : إن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل . (أي إذا بغضته) .

وفي الانصاف من كتب الحنابلة[2] إذا ترك الزوج حق الله ، فالمرأة في ذلك كالزوج فتتخلص منه بالخلع ونحوه .

المبحث الرابع : أحكام المخالعة وفق ما وردت في مشروع قانون دولة الامارات العربية المتحدة :

م ١٣٧ : الخلع هو تطليق الزوجة لقاء عوض بلفظ الخلع أو الطلاق أو مافي معناهما كالمبارأة ، وتجب على المختلعة عدة كعدة المطلقات ، ولا يلحقها طلاق أثناء العدة وليس للمخالعة رجعة عليها .

ونلاحظ في هذه المادة ما يلي :

١ ــ لابد من لفظ يستعمل في المخالعة بين الزوجين أي أن الفعل وحده لا يكفي ويسمى بالمعاطاة ، كما لو دفعت الزوجة مبلغا من المال لزوجها دون لفظ معين وهي تقصد طلب المخالعة .

وقال المالكية تصح المخالعة بالمعاطاة إذا جرى العرف بين الزوجين على ذلك فقد نقل الحطاب[3] « ولا يشترط أن يكون « الخلع » بصيغة خاصة بل تكفي المعاطاة » .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤١ .

(٢) الانصاف ج ٨ ص ٤٣٠ .

(٣) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٣٧ .

وقال الدردير : وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق فيمن عـرفهم المعاطاة[1] .

وعندالحنابلة روايتان فقد روى عن الإمام أحمد حين سئل كيف الخلع ؟ : قال : إذا أخذ المال فهي فرقة . وقال ابن تيمية ولعله هو الغالب على نصوص أحمد بل لقد نص عل أن الطلاق يقع بالفعل والقول[2] .

أما الشافعية فلم يجز فقهاؤهم الخلع بالفعل . بل لابد من القول فقد جاء في مغني المحتاج[3] : ويشترط قبولها فتقول قبلت أو اختلعت أو نحوه فلا يصح القبول بالفعل بأن تعطيه القدر[4] .

٢ ـ إن اللفظ الذي يصح به الخلع قد يكون بلفظ المخالعة والطلاق أو المبارأة وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فقد وزد في متن القدوري : ألفاظ الخلع خمسة : خالعتك بارأتك ، فارقتك ، باينتك ، طلقي نفسك علي بألف[5] .

على أن لفقهاء المالكية تفصيل في تحديد معنى هذه الألفاظ :

ذكر الإمام القرطبي في تفسيره : إن المختلعة هي التي تختلع من كل الذي لها ، والمفتدية أن تفتدي ببعضه وتأخذ بعضه ، والمبارأة هي التي بارأت زوجها قبل أن يدخل بها[6] .

وفي المدونة : المختلعة هي التي تختلع من كل الذي لها . والمفتدية التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك ببعض[7] .

---

(١) شرح الدردير جـ ٢ ص ٤١٩ .

(٢) الاختيارات العلمية جـ ٣ ص ٢٦٨ .

(٣) مغنى المحتاج .

(٤) أما الزواج فلا خلاف بين الفقهاء إذ لا ينعقد بالمعاطاة بل لابد له من لفظ الإيجاب والقبول لانعقادة .

(٥) القدوري جـ ٢ ص ٦٠ .

(٦) تفسير القرطبي جـ ٣ ص ١٤٥ .

(٧) المدونة جـ ٥ ص ٢٨ .

٣ ـ تجب العدة على المختلعة كعدة المطلقة أما بالإقراء وإما بالأشهر بحسب وضع الزوجة كما في مبحث العدة .

٤ ـ ما دامت المختلعة في العدة فلا يقع عليها طلاق وهذا حكم عام لمن لا يلحقها طلاق بناء على أن المعتدة لا يقع عليها طلاق ثان وثالث لأن مشروع القانون أخذ بحكم من قال بأن الطلاق المقترن بعدد أو المتتابع سواء في مجلس أم في العدة لا يقع إلا طلقة واحدة .

٥ ـ وقد نصت المادة المذكورة على أن المختلعة لا رجعة لها لأن الخلع طلاق بائن وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء حتى من قال منهم أن الخلع فسخ لأن الفسخ أيضا لا تجوز فيه المراجعة كالطلاق البائن ولو كانت الزوجة ماتزال معتدة لأن المراجعة لاتكون إلا للزوجة المطلقة طلاقا رجعيا خلال عدتها .

٦ ـ لابد من عوض وهو المبلغ الذي تدفعه الزوجة لزوجها لقاء طلاقها لتكون الفرقة خلعا على أن المالكية قالوا في إحدى روايتين أن الخلع صحيح ولو بدون عوض وتقع به الفرقة فرقة بائنة فقد ذكر الخرشي في شرحه مختصر خليل[1] :
« حكم طلاق الخلع البينونة ولو وقع بغير عوض إذا صرح بلفظ الخلع أو ما في معناه أو إذا نص على الرجعة مع العوض بأن أعطته شيئا وقالت له طلقني طلقة رجعية فأخذ منها وطلقها فإنه يقع بائنا لأن حكم الطلاق مع العوض البينونة فلا يخرجه عنها النص على الرجعة » .

ونقل القرطبي[2] :

وقيل عن مالك لا يكون بائنا إلا بوجود العوض ، وقال أشهب : لأنه طلاق عرى عن عوض واستيفاء عدة فكان رجعيا كما لو كان بلفظ الطلاق .

قال ابن عبدالبر : وهذا أصح قوليه عندي وعند أهل العلم . وقد أثبت

---

(١) شرح الخرشي ج ٣ ص ١٥٧ .

(٢) تفسير القرطبي : ج٣ ص ١٤٥ .

الروايتين صاحب البهجة فقال[1] : « إذا قصد إيقاع الخلع من غير عوض كان خلعا عند مالك لأنه طلاق قصد أن يكون خلعا فكان على ما قصده وكالذي معه العوض . وقال أشهب يكون رجعيا .

م ١٣٨ ف ١ : يشترط لصحة المخالعة أن يكون كل من الزوجين مستوفيا ما يتعلق به من شرائط إيقاع الطلاق .

ف ٢ : وإذا كان أحد الزوجين المتخالعين دون سن الرشد لا تنفذ مخالعته إلا بموافقة ولي المال أبا أو جدا ، فإذا كان ولي المال غيرهما يشترط مع ذلك موافقة القاضي . إذا كانت الزوجة قاصرة فإن تصرفاتها المالية تخضع لإجازة وليها المالي وبما أن المخالعة تقضي بدفع الزوجة بدل خلع لزوجها ، فمما لا شك فيه أن هذا يحتاج لموافقة أبيها أو جدها فإن لم يكن أحدهما وكان الولي المالي أخاها أو عمها فلابد من موافقة القاضي أيضا .
أما الزوج فلا يشترط لصحة طلاقه موافقة وليه المالي كما نص مشروع القانون لأن حكم الخلع كحكم الطلاق بالنسبة لأهلية الزوج المطلق أو المخالع .

م ١٤٠ : يجب البدل المتفق عليه أو المقضى به في الخلع ، ولا يسقط بالخلع شيء لم يجعل بدلا فيه .
هذا النص يخالف ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من أن المخالعة تسقط جميع الحقوق الزوجية ، وما جاء به القانون يتفق مع مذهب جمهور الفقهاء أن المخالعة لا يسقط بها إلا ما سمي في عقد الخلع ، وأما ما عدا ذلك فتبقى الحقوق والإلتزامات بين الزوجين ثابتة لا تسقط بالمخالعة .

م ١٤١ ف ١ : إذا اشترط في الخلع أن تقوم الأم المخالعة بإرضاع الولد أو حضانته

---

(١) البهجة للتسولي ج ١ ص ٣٤١ .

دون أجر أو بالإنفاق عليه مدة معلومة فلم تقم بما التزمت به ، وكان للأب أن يرجع عليها بما يعادل نفقة الولد أو أجرة حضانته أو رضاعه .

ف ٢ : إذاكانت الأم معسرة يجبر الأب عل نفقة الولد وتكون دينا له على الأم .

ف ٣ : وإذا ماتت هي أو الولد خلال المدة المعينة رجع الأب بما يصيب المدة الباقية في مال الأم أو في تركتها ما لم يتفق على خلاف ذلك .

م ١٤٢ : إذااشترط الأب في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وكان لحاضنته أخذه منه ، ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته .

وإذااشترط أن تمسكه الأم مدة معينة بعد أقصى سن للحضانة صح الخلع أيضا وكان لأبيه ضمه إليه .

هذه المادة تتفق مع مذهب الحنفية بصحة المخالعة وبطلان الشرط لأن الزوجين اتفقا على إسقاط حق شخص ثالث هو الطفل لأن من حقه البقاء لدى أمه فترة معينة من عمره ثم الانتقال بعد ذلك إلى أبيه ، فالاتفاق على مخالفة ذلك ليس من مصلحة الطفل لذا يصح الخلع وتبين الزوجة ويسقط الشرط .

أما فقهاء المالكية فقد أجازوا ذلك واعتبروا الشرط صحيحا وفق الراجح في مذهبهم وإن كان هناك من فقهاء المالكية من ذهب مذهب الحنفية .

ذكر الدردير في شرحه مختصر خليل على أن الخلع يجوز بإسقاط حضانة الزوجة طفلها للأب وينتقل الحق له .

ولكن الدسوقي أحسن صنعا حين قيد ذلك الحق بحاشيته فقال : هذا مقيد بأن لا يخشى على المحضون أي ضرر إما بعلوق قلبه بأمه أو لكون مكان الأم غير حصين وإلا فلا تسقط الحضانة حينئذ اتفاقا[1] .

---

(١) حاشية الدسوقي علي خليل ج ٢ ص ٤٠٨ .

البَابُ الثالِث

الطّلاق بحكم القَاضِي

الفصل الأول : التفريق للعلل والأمراض والعيوب .
الفصل الثاني : التفريق للغياب و السجن .
الفصل الثالث : التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق .
الفصل الرابع : التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين .

الفصل الأول
التفريق بين الزوجين للعلل والعيوب والأمراض

إن قوام الحياة الزوجية السكن والمودة ومن أهدافها التناسل والإنجاب لإيجاد جيل قوي يمد المجتمع بعامل الاستمرار والبقاء .

هذه الحياة قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها من مرض أحد الزوجين بعلة يطول أو يستحيل شفاؤها ، فهل يبقى السليم مع المريض يشاطره آلام الحياة كما شاطره سعادتها وهناءها ؟ أم أن للزوج السليم الحق في طلب التفريق إذا ما رغب بذلك ؟ . . .

في الفقه الإسلامي ثلاثة آراء لحل هذا الموضوع :

١ ـ مذهب الظاهرية :

قال الظاهرية لا تفريق بين الزوجين للعلل والأمراض ، فلا يجوز رد النكاح بأي عيب وجده أحد الزوجين بالآخر مهما كان العيب والمرض .

وحجة أصحاب هذا الرأي أنه لم يثبت شيء صحيح بالفسخ عن صحابة رسول الله ولا عن التابعين ، فالأصل إذن بقاء النكاح ولا يزول إلا بدليل ولا دليل هنا على إزالته[١] .

إلا أن أصحاب هذا المذهب قالوا : إذا شرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من العيوب ، فالشرط صحيح ولازم ، فإذا ظهر للمشترط خلاف ذلك فالعقد باطل .

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ٦٧ .

جاء في المحلى : فإن اشترط السلامة في عقد النكاح ، فوجد عيبا أي عيب كان فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة ، دخل أو لم يدخل لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج ، ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما[1] .

٢ ــ مذهب الحنفية

قال الحنفية : للزوجة دون الزوج إن وجدت بزوجها مرضا تناسليا يحول دون الاتصال الجنسي أو تمامه ،فلها حق طلب التفريق من القاضي ، وأضافوا إلى ذلك الجنون والجذام والبرص[2] .

وعللوا حق الزوجة في هذا فقط بقولهم :لأن الزوجة لا تملك الطلاق فتعين الفسخ طريقا لدفع الضرر ودليل الحنفية في ذلك :

أ ــ إجماع الصحابة على التفريق للعيوب التي تحول دون الاتصال الجنسي وهي العنة والجب إن كان الرجل مصابا بها ، ولا يقاس عليها بقية العيوب للخلاف بين ما يمنع الاتصال وما يخل به .

ب ــ قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » ، وفي إمساك الزوجة دون الوصول إلى حقها المشروع ضرر تأباه الشريعة الإسلامية .

جـ ــ إن الغاية من الزواج التناسل لقوله عليه الصلاة والسلام : « تناكحوا تناسلوا » وهذه الأمراض تحول دون تحقيق غاية الزواج .

---

(١) قارن هذا مع ما جاء في فتح القدير في الفقه الحنفي ج ٣ ص ٢٦٧ : لو شرط وصعاً مرغوباً فيه كالعذرة والجمال وصغر السن فظهرت عجوزاً شوهاء . . . لا خيار له في فسخ النكاح .
لعل الحنفية يقصدون بذلك أن الزوج يملك الطلاق فلا ضرورة لفسخ النكاح . ومع ذلك قال الحنفية : إذا حكم القاضي ممن مذهبه الفسخ بفسخ النكاح صح حكمه . راجع المنتقى شرح الملتقى ج ١ ص ٤٢٧ .

(٢) البدائع ج ٢ ص ٣٢٧ . وقد ذكر الحنفية العيوب الجنسية كالعنة والجب والخصي والخنوثة .

وقد أخذ القانون السوري بمذهب الحنفية حين نص في المادة ١٠٥ :

أ ـ إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها .
ب ـ إذا جنّ الزوج بعد العقد .

وجاء في المادة ٤٤ من القانون العراقي :

أ ـ إذا وجدت الزوجة زوجها عنينا أو مبتلي بما يمنع البناء بها ، فلها أن تطلب من المحكمة التفريق .

ب ـ إذا اطلعت الزوجة بعد العقد أن الزوج مبتلي بعلة لا يمكن معها معاشرتها فلا ضرر كالجذام والبرص والسل والزهري والجنون أو أصيب أخيرا بعلة من هذه العلل فلها أن تراجع المحكمة وتطلب التفريق .
جـ ـ إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة المذكورة في الفقرتين (أ ، ب) يؤمل زوالها ، فتؤجل التفريق حتى زوال العلة وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل .

د ـ إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق .

٣ ـ مذهب الجمهور :

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية والأباضية إلى أن حق التفريق للعيب أو المرض هو حق مشترك للزوجين ، فلكل منهما إن وجد بصاحبه ذلك الحق في طلب التفريق . إلا أن الخلاف بين هذه المذاهب هو بتعداد الأمراض والعيوب المجيزة للتفريق .

فالمالكية قسموا العيوب إلى ثلاثة أقسام : خاصة بالرجل وخاصة بالمرأة ومشتركة بين الزوجين[١] .

---

(١) شرح الخرشي ج ٢ ص ٧٣٠ .

وقال الشافعية : يثبت للزوج حق الرد بعيوب خمسة ذكروها في كتبهم ولكل من الزوجين حق الخيار بالبرص والجذام والجنون[1] .

دليل الجمهور في حق كل من الزوجين طلب التفريق للأمراض :

أ ــ أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة من بني غفار ، فلما دخلت عليه رأى بكشحها بياضا واضحا ، فردها إلى أهلها وقال : « دلستم عليّ »[2] .
ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن العيب إذا وجد بالمرأة فللزوج حق الخيار كما وجد النبي ﷺ البرص بمن تزوجها فردها إلى أهلها ، لأن العيب مما تنفر منه النفوس .

وما دام رسول الله رد زوجته لعيب البرص فيها فكل عيب يشترك مع البرص في علة جاز الرد به قياسا .

ب ــ ما رواه البخاري أن النبي قال : « فر من المجذوم فرارك من الأسد » .
والفسخ طريقة الفرار .
وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه لما قدم عليه مجذوم يبايعه أرسل إليه بالبيعة ولم يأذن له بدخول المدينة[3] .

جـ ــ ما رواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب قال : أيما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجدها برصاء أو مجنونة فلها الصداق بمسها إياها ويرجع على من غرّه »[4] .

(١) تحفة المحتاج ج ٧ ص ٣٤٦ . لم أذكر تفاصيل الأمراض والعيوب ومن أراد المزيد فليرجع إلى كتابنا مدى حرية الزوجين في الطلاق المجلد الثاني ص ٦٦١ وما بعدها . . .
راجع مذهب الحنابلة في المغني ج ٧ ص ٥٩٧ ومذهب الزيدية في المنتزع المختار ج ٢ ص ٢٩٥ والجعفرية في شرح الروضة البهية ج ٢ ص ١٤٢ . والأباضية في شرح النيل ج ٣ ص ٢٤٤ .
(٢) سبل السلام ج ٣ ص ١٨٠ .
(٣) فتاوي ابن تيمية ج ٤ ص ١٠٦ .
(٤) الأم للشافعي ج ٥ ص ٧٦ .

د ــ عن علي بن أبي طالب : أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار مالم يمسها إن شاء أمسك وإن شاء طلق[١].

على أن جمهور الفقهاء الذين أعطوا لكل من الزوجين الحق بطلب التفريق للعيوب والأمراض ، لم يطلقوا قولهم في كل عيب بل حصروا العيوب وحددوها مع اختلاف فيما بينهم في ذلك ، ولذا قالوا : لا يجوز بغير هذه العيوب طلب التفريق ، وكأنهم علموا الأمراض المستعصية في عصرهم أو المنفرة ، فحددوها . ولكن نجد الآن عدم جدوى هذا التحديد لتغير الزمان ووجود علاج لتلك الأمراض التي وجدت في عصرهم ، كما وجدت أمراض حديثة لم تكن معروفة لديهم ، فمن الجمود في الفقه أن نجيز التفريق لمرض وجد دواؤه ولا نجيز التفريق لمرض لا شفاء منه لا لشيء بل لأن ذلك المرض ذكره الفقهاء حين عرفوه بعصرهم ، وهذا لم يعرفوه لأنه اكتشف حديثا .

لذلك نجد اتجاها سليما لدى بعض الفقهاء المتأخرين كابن تيمية وابن القيم من فقهاء الحنابلة وكذلك ذهب محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة وفق ما حققناه من مذهبه بعدم حصر العيوب التي تجيز طلب التفريق لكل من الزوجين ، فكل عيب لا يستطاع معه استمرار الحياة الزوجية المشتركة سواء كان مرضا جنسيا أم معديا أم منفرا يحق للسليم أن يطلب التفريق بسببه .

فيقول ابن القيم الجوزية في كتابه زاد المعاد[٢] :

« وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ماهو أولى منها أو مساو لها ، فلا وجه له ، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين والرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين » .

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ١١١ .

(٢) زاد المعاد ج ٤ ص ٤٣ .

ويقول : والقياس : إن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار .

وقد جاء في القانون المغربي : الفصل الرابع والخمسون :

أ ـ إذا وجدت الزوجة بزوجها عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن يزيد على سنة ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل ، فلها أن تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ويؤجله القاضي سنة ، فإن برىء وإلا طلقها عليه .

ب ـ يستجاب لطلب المرأة التطليق بدون تأجيل في عيوب الفرج التي لا يرجى شفاؤها .

جـ ـ إذا تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فليس لها طلب التفريق لأجله .

د ـ إذا كان بالزوجة عيب كالجنون والجذام والبرص والبَسل وداء الفرج المانع من الوطء أو لذته وعلم الزوج به قبل الدخول ، فله الخيار إن شاء طلق ولا شيء عليه ، وإن شاء دخل ولزم الصداق كاملا فإن لم يعلم إلا بعد الدخول أبقى عليها إن شاء وإن شاء ردها واسترد ما زاد على أقل المهر عرفا منها أن كانت هي التي غرته وإن كان الغار وليها رجع عليه بما دفعه .

هذا ما ذهب إليه القانون المغربي وهو مستمد بمجموعة من المذهب المالكي وقد أشرنا قبل قليل إلى القانون السوري المستمد من المذهب الحنفي للمقارنة بين الاتجاهين .

وقد نص مشروع القانون في المادة ١٣٤ :

لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيبا مستحكما لا يمكن

البدء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكن المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء أكان ذلك العيب قائما قبل العقد ولم يعلم به الطالب أم حدث بعد العقد ولم يرض به .

فإن تم الزواج وهو عالم بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضي به صراحة أو دلالة بعد العلم فلا يجوز له أن يطلب التفريق .

نلاحظ في هذه المادة ما يلي :

١ ـ إن مشروع القانون أعطى كلاً من الزوجين حق طلب التفريق خلافا لمذهب الحنفية الذين حصروا هذا الحق بالزوجة دون الزوج ، وهذا يتفق مع مذهب المالكية والشافعية والحنابلة .

٢ ـ لم يحدد القانون عددا معينا للأمراض بل ذكرها على سبيل التمثيل لا الحصر وحدد صفات يجوز أن تتخذ قياسا وهي الأمراض السارية المعدية التي يخشى انتقالها للغير .
كما أوضح القانون في مواد أخرى طلب التفريق للعيوب الجنسية والأمراض المخيفة كالجنون .

٣ ـ يسقط حق السليم بطلب التفريق إذا علم بالمرض قبل العقد أو حدث المرض بعد العقد ورضي به صراحة أو دلالة ، على أنه لابد من الإشارة أن سكوته على مرض معين إذا بقي المرض في حدوده التي اطلع عليها ، أما إذا تطور المرض إلى حالة أشد أو أخطر فإن حق السليم يتجدد بالمطالبة بالتفريق .

٤ ـ وقد سكت المشروع عن حكم المريض هل يجوز له أن يطالب بالتفريق إذا كان الطرف الآخر مريضا أيضا أم أن حق التفريق خاص بالسليم .

شروط التفريق للعيوب والأمراض :

مذهب المالكية : فرق المالكية في العيوب المصاب بها أحد الزوجين حين العقد عن العيوب الطارئة بعد العقد ، فقالوا : يحق لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب في صاحبه وجده فيه قبل العقد أو أثناء العقد.

أما العيب الطارىء بعد العقد فإن كان بالزوجة فليس للزوج حق الخيار بل مصيبة نزلت به ، فإن شاء أمسك زوجه ، وإن شاء طلق ، والطلاق بيده ويستعمله متى شاء . أما إذا طرأ العيب بعد العقد في الزوج فللزوجة حق التفريق[1] .

ويثبت حق طلب التفريق للسليم من الزوجين ، فإذا كان الزوجان مريضين بمرض واحد فللزوجة دون الزوج حق طلب التفريق .

ويسقط هذا الحق بالرضا الصريح أو الرضا الضمني ، فإن حصل ذلك فلا تفريق .

أما المريض فليس له هذا الحق إلا إذا كان الآخر مريضا ولو بمرض مختلف عن مرضه .

المذهب الحنبلي : في المذهب الحنبلي قولان في حق الفسخ بالعيب بعد الدخول . ويثبت حق الخيار بالتراخي مالم يدل على الرضا ممن له حق الفسخ فإذا رضي بعيب صاحبه سقط حقه[2] .

وقد اشترط الحنابلة قيام العيب حتى يوم طلب التفريق ، فإذا زال قبل ذلك فلا موجب للتفريق .

وجاء في الإقناع[3] : ولو فسخت بعيب فبان أن لا عيب بطل الفسخ .

---

(١) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٢٥ وللمالكية تفصيلات كثيرة الفروع تراجع في مصادرها ومن أراد المزيد فليرجع إلى كتابنا مدى حرية الزوجين في الطلاق والمجلد الثاني جـ ص ٦٩٠ .

(٢) المغنى ج ٧ ص ٦٠٧ .

(٣) كشاف القناع : ج ٥ ص ٨٧ .

المذهب الشافعي : لم يفرق الشافعية في العيب الموجب للخيار إن وجد بأحد الزوجين قبل الدخول أو بعد الدخول ولا فرق إن كان بالزوج أم بالزوجة فلكل منهما حق طلب التفريق وإن توفرت شروط ذلك .

واشترط الشافعية لمن له حق الخيار أن يطلب التفريق فور علمه به فإذا تراخى في طلبه سقط حقه واعتبر هذا رضا منه بعيب صاحبه . فإذا مضى وقت كان يستطيع فيه أن يطلب التفريق ولم يفعل سقط خياره .

واستثنى فقهاء الشافعية من ذلك مرض العنة ولهذا لم يعتبروا علم المرأة مسقطا لحقها فيه[1] .

ولا يجوز للمريض عندهم أن يطلب التفريق إنما الحق للسليم فقط .

وقال الشافعية أيضا : ومن ثبت له الخيار في الفسخ ففسخ بعيب ثم تبين أنه ليس بعيب بطل الفسخ .

المذهب الحنفي : قال الحنفية : إذا تزوجت مريضا (بأحد الأمراض التي عدوها من الأمراض التناسلية) وهي تعلم ذلك فلا خيار لها بالفسخ لأنها أسقطت حقها برضاها به .

أما إذا تزوجت وهي لا تعلم بعيبه ثم ظهر لها ذلك فلها أن تطلب التفريق من القاضي متى شاءت ولا يعتبر سكوتها رضا منها ، لأن حق الفسخ ليس على الفور بل على التراخي .

وإذا كانت الزوجة معيبة بعيب جنسي يمنع الاتصال بزوجها ، فلا يحق لها أن تطلب الفسخ لأنه لا ضرر عليها من زوجها ولو لم يصل إليها[2] .

---

(١) تحفة المحتاج ج ٧ ص ٣٥١ . المهذب ج ٢ ص ٥٢ .

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ١٣٥ . الفتاوي النهدية ج ١ ص ٥٢٦ . فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٤ .

آثار التفريق للعيوب والأمراض :

قال الشافعية والحنابلة : إن التفريق بين الزوجين للعلل والعيوب والأمراض هو فسخ وليس بطلاق .

وقال الحنفية والمالكية : إن التفريق طلاق بائن وليس بفسخ .

وذهب المالكية إلى أن الزوج إذا رفض الطلاق فللقاضي أن يطلق زوجته أو يأمرها بإيقاع الطلاق .

قال الدسوقي : يأمره الحاكم بالطلاق وإلا طلقها القاضي أو يأمرها به أي بإيقاع الطلاق كطلقت نفسي منك أو ما في معناه والطلاق بائن[1] .

---

(١) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٣٠ مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٨٦ .

الفصل الثاني

التفريق للغياب والسـجن

من أنواع التفريق للضرر بين الزوجين هو غياب الزوج عن زوجته مدة لا تحتملها عادة ، وخوفا من أن تقع الزوجة في فتنة ومعصية من جراء هذا الغياب . أجازت بعض المذاهب للزوجة أن تطلب التفريق للفقد أو الغياب .

قال الحنفية والشافعية بعدم التفريق للغياب لأنه ما دامت حياة الزوج قائمة بيقين ، فلا تزول بالشك حتى تبين زوجته بل لابد من يقين مثله ، ولهذا نفترض أنه حي حتى تثبت وفاته . أو يبلغ السن الذي يموت فيه أقرانه عادة فيحكم عليه حينئذ بالفقد فتبين منه زوجته وتعتد عدة الوفاة وترث حقها من الميراث .

ولابد من القول بأن الطلاق للضرر لا تجيزه هذه المذاهب ولـذا فلا مجـال للبحث فيه[1] .

وقال فقهاء الحنابلة[2] : إذا غاب الزوج عن زوجته بدون عذر مدة تتضرر بها الزوجة فلها أن تطلب التفريق من القاضي ، وقدر الإمام أحمد هذه المدة بتسعة أشهر لما روي عن عمر بن الخطاب بذلك . أما إذا كان الغياب لعذر فلا يحق لها طلب التفريق .

---

(١) يقول الإمام الشافعي في كتابه الأم ج ٥ ص ٧٥ : لم أعلم مخالفا في أن الرجل والمرأة لو غابا أو أحدهما براً أو بحراً ، علم مغيبهما أو لم يعلم ، فماتا أو أحدهما ، فلم يعلم لهما بخبر ، أو أسرهما العدو ، لم نورث واحداً منهما من صاحبه إلا بتعيين وفاته قبل صاحبه. وكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بأسر عدو أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه . . . لا تعتد امرأته ولا تنكح حتى يأتيها يقين وفاته .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٨ ص ١٤٢ .

ويقول ابن تيمية   القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود بالإجماع .

أما المالكية : فقد توسعوا في التفريق لغياب الزوج إذا تضررت الزوجة من ذلك ، فلم يفرقوا بين غياب بعذر وغياب بدون عذر بل كل غياب تضررت منه الزوجة كان لها الحق في طلب التفريق ، وقد اختلف فقهاء المالكية في المدة التي يغيب بها الزوج، قيل ثلاث سنوات وقيل سنة واحدة[1] .

وأما زوجة السجين فتقاس على زوجة الغائب بجامع الضرر بينهما إذ أن زوجة كل منهما تتضرر من بعد زوجها عنها سواء كان غائبا أم مسجونا .

وكذلك ذهب فقهاء الزيدية إلى جواز التفريق للغياب ، فقد ورد في الروضة الندية[2] « وإذا طالت مدة الغيبة وكانت المرأة تتضرر بترك النكاح فالفسخ لذلك جائز ، وأذا جاز الفسخ للعنة فجوازه للغيبة الطويلة أولى لأنه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الإمساك ضررا والنهي للأزواج عن الضرر في غير موضع موجب دفع الضرار عن الزوجة بكل ممكن وإذا لم يكن إلا بالفسخ جاز ذلك بل وجب. والأجل أمر اجتهادي يخضع لتقدير القاضي حسب الظروف .

وكذلك أفتى المتأخرون من فقهاء الشيعة الجعفرية بالتفريق بين الزوجين للغياب إذا نشأ ضرر عن ذلك[3] .

وقد ورد في مشروع القانون :

١٣٠ : إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي

---

(١) منح الجليل ج ٢ ص ٣١٣ .

(٢) الروضة الندية ج ٢ ص ٥٦ .

(٣) الفصول الشرعية للشيخ محمد جواد مغنية حيث نقل فتوى عن السيد أبي الحسن بجواز التفريق للغياب .

تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إذا لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه أو يطلقها . فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا أعذار وضرب أجل .

م ١٣١ ف : لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائية بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

ف ب : وإذا كانت الزوجة محبوسة أيضا فخرجت هي دونه جاز لها طلب التفريق بعد مضي سنة قمرية على خروجها .

المصدر الفقهي لمشروع القانون :

١ ــ خالف المشروع المذهب الحنفي حين أجاز للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها وأخذ بالمذهب الحنبلي بجواز التفريق للغياب إذا غاب الزوج عن زوجته بدون عذر .

٢ ــ كذلك لم يأخذ المشروع بمذهب المالكية الذي أجازوا التفريق للغياب ولو كان لعذر ما دامت الزوجة تتضرر من ذلك .

٣ ــ نقل مشروع القانون حكم السجين عن القانون المصري حين أجاز لزوجته أن تطلب التفريق إذا حكم عليه بثلاث سنين وأمضى من العقوبة سنة واحدة .

٤ ــ أما إذا كانت الزوجة سجينة فلا يجوز لها أن تطلب التفريق لسجن زوجها ما دام بعيدا عنها ، فإن خرجت من السجن جاز لها طلب الطلاق وهذا مبني على أن علة التفريق هي الضرر الحاصل من غياب الزوج ، بينما تتضرر الزوجة ولو كان زوجها غائبا عنها بعذر .

٥ ـ لذا فإن مشروع القانون لوأخذ بالمذهب المالكي لكانت أحكامه أكثر انسجاما في التفريق للغياب والتفريق للسجن لأن المذهب المالكي يجعل سبب التفريق هو الضرر ، وغياب الزوج عن زوجته بعذر يسبب ضررا للزوجة بينما اشترط مشروع القانون أن يكون الغياب بدون عذر أخذا من المذهب الحنبلي .

الفصل الثالث
التفريق للإعسار وعدم الإنفاق

أجمع الفقهاء على أن نفقة الزوجة على زوجها لقوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾[1] ولقوله عليه الصلاة والسلام لهند زوج أبي سفيان حين جاءته تشكو شح زوجها وقلة النفقة فقال لها « خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف »[2] . ولكن إذا أعسر الزوج أو امتنع عن الإنفاق مع القدرة فما موقف الزوجة ؟ . . . هل تصير على فقر زوجها حتى اليسار ، وتبقى بجانبه مع الامتناع أم لها حق طلب التفريق من القاضي ؟ .

للجواب على هذا السؤال نجد في الفقه الإسلامي أربعة آراء :

الرأي الأول :

عدم التفريق بين الزوجين للإعسار بل على الزوجة أن تصبر على فقر زوجها حتى يساره .

قال الحنفية : ولا يفرق القاضي بين الزوجين لعجز الزوج عن النفقه، ولا بعدم إيفاء الزوج إذا كان غائبا ولو كان موسرا لأن العجز عن الإنفاق لا يوجب الفراق[3] .

فلو كان الزوج معسرا حقيقة فتستدين زوجته ممن تجب عليه نفقتها فيها لو لم

---

(١) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ٤٦٦ رواه البخاري ومسلم .

(٣) مجمع الأنهر جـ ١ ص ٩٨ .

تكن متزوجة على أن يكون هذا الدين في ذمة الزوج حين يساره .

أما إن كان امتناع الزوج عن الإنفاق مع القدرة عليه ، حينئذ يسجنه القاضي ويعزره حتى يقوم بالوفاء بما يترتب عليه من نفقة لزوجته ، لأنه في هذه الحالة يعدّ ظالما ورفع الظلم واجب على القاضي ، هذا إذا لم يمكن الحجز على أمواله لسداد النفقة(١) .

ومن الجدير بالذكر أن نشير إلى أن المتأخرين من فقهاء الحنفية وقعوا بمشكلة الزوجة الفقيرة التي لا تجد من ينفق عليها وقد أعسر زوجها فماذا تفعل ؟

لذلك قالوا ينصب قاضي ممن مذهبه التفريق ويفرق بين الزوجين .

يقول ابن عابدين الفقيه الحنفي(٢) : « إن مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائبا ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضرا وأبى عن الطلاق ، لأن دفع الحاجة الدائمة لا تيسر بالاستدانة إذا الظاهر أنها لا تجد من يقرضها وغنى الموج مالا أمر متوهم ، فالتفريق ضروري إذا طلبته الزوجة وأصرت عليه .

وكذلك ذهب فقهاء الزيدية بعدم التفريق للإعسار(٣) إلا أن المتأخرين منهم أفتوا بالتفريق وأعطوا الزوجة حق الخيار بالفسخ(٤) .

---

(١) تبين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٥١ المبسوط ج ٥ ص ١٨٧ .

(٢) رد المحتار جـ ٢ ص ٦٧٤ .

(٣) التاج المذهب ج ٢ ص ٢٨٦ .

(٤) المنتزع المختار ج ٢ ص ٥٤٢ ـ ٥٤٤ ويقول صاحب الروضة الندية ج ٣ ص ٥٤ وهو من علماء الزيدية : إن من أعظم ما يدل على جواز الفسخ بعدم النفقة أن الله شرع الحكمين بين الزوجين عند الشقاق وجعل إليهما الحكم بينهما ، ومن أعظم الشقاق أن يكون الخصام بينهما في النفقة، وإذا لم يمكنهما رفع الضرر عنها إلا بالتفريق كان ذلك إليهما، وإذا جاز ذلك منهما فجوازه من القاضي أولى .

أدلة القائلين بعدم التفريق للإعسار :

أ ـ القرآن الكريم :

قوله تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ﴾ .

ووجه الاستدلال أن الله لم يكلف المرء فوق طاقته فلم يكلف الزوج النفقة حال إعساره وبالتالي لا تفريق لأنه لم يرتكب إثما ولا معصية إذ كيف يفرق بين شخص وزوجته دون أن يرتكب ذنبا ولا معصية ، ومتى كان الفقر سبباً للتفريق بين الزوجين[1] .

ب ـ السنة الكريمة :

أن النبي ﷺ اعتزل نساءه شهراً لما طلبن زيادة النفقة . فدل على أن هذا العمل من رسول الله ﷺ لزوجاته عقوبة لهن على ما طلبن به مما ليس عند رسول الله ولو كان هذا من حقهن لما فعل ذلك رسول الله ﷺ .[2] .

جـ ـ لم ينقل عن أحد من الصحابة أو التابعين أنه طلق زوجته أو طلبت منه ذلك لإعساره وكان فيهم الكثير من المعسرين .

وقد روي عن الحسن البصري أنه قال في الرجل يعجز عن امرأته قال : « تواسيه وتتقي الله وتصبر وينفق عليها ما استطاع » .

د ـ إن الله أمر صاحب الدين أن ينظر المعسر إلى الميسرة فقال تعالى : ﴿ وإن كان

---

(١) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٥٥ .

(٢) زاد المعاد ج ٤ ص ١٥٠ .

ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾[1] وغاية النفقة أن تكون ديناً للزوجة على زوجها فما عليها إلا أن تصبر حتى الميسرة .

الرأي الثاني : مذهب الظاهرية :

قال الظاهرية لا تفريق بين الزوجين بسبب الإعسار وعلى الزوجة أن تصبر وتنفق على نفسها فإن وجدت مالا لزوجها أخذته ولو بدون علمه لأن لها حقا بذمته هو النفقة .

فإن كانت الزوجة غنية والزوج معسر قال الظاهرية تسقط النفقة عن الزوج وتكلف الزوجة بالنفقة على زوجها وعلى نفسها وليس لها حق الرجوع بما أنفقت ما دام معسرا ، إنما لها حق الرجوع بما أنفقت عليه في وقت يساره إذ النفقة تسقط عنه حين إعساره إلا إذا كان للزوج ولد أو والد غير فقيرين فنفقته على أحدهما .

يقول ابن حزم الظاهري : فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية ، كلفت بالنفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء إذا أيسر ودليل ما ذهب إليه الظاهرية : قوله تعالى : **﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ﴾** ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده «وعلى الوارث مثل ذلك»، وبما أن الزوجة وارثة فيجب عليها الإنفاق على من ترثه وهو الزوج .

ويقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه : « الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن »[2] .

الرأي الثالث : لابن قيم الجوزية :

ذهب ابن القيم الجوزية خلافا لمذهب الحنابلة أن لا تفريق بين الزوجين للإعسار إلا في حالتين :

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٩١ .

أ - إذا كان الزوج قادرا على نفقة زوجته ولم ينفـق، .ولم تقدر الزوجة أن تأخذ من نفقتها، كان لها الحق في طلب التفريق.

ب ـ لو غرّ الزوج زوجته حين العقد ، فادعى أنه من الأثرياء ثم تبين أنه خلاف ذلك وأنه من الفقراء المعدمين ، ثبت لها حق طلب التفريق للتغرير .

أما لو كان الزوج موسرا ثم أعسر فليس للزوجة أن تطلب التفريق لأنه لا يملك مالا للإنفاق حتى نعاقبه بالتفريق فلم يمتنع عن أمر كان بمقدوره أن يفعله[1].

الرأي الرابع : مذهب جمهور الفقهاء :

قال المالكية والحنابلة والشافعية إلى أن الزوجة إذا أعسر زوجها بالنفقة ولم تصبر على ذلك ، فلها الحق أن تطلب من القاضي التفريق ، والقاضي يأمر الزوج بالإنفاق أو الطلاق فإن أبى طلق عليه أو فسخ نكاحهما ، مع خلاف بين المذاهب في التفريق لعدم الإنفاق .

أدلة من أجاز التفريق للإعسار بين الزوجين :

١ ـ الكتاب الكريم :

قوله تعالى : ﴿ **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ .
وقوله تعالى : ﴿ **ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا** ﴾ .

ووجه الاستدلال بالآية الأولى أن الله أمر الأزواج بإمساك زوجاتهم بالمعروف فإن تعذر ذلك فما عليهم إلا الطلاق بإحسان ووجه الاستدلال بالآية الثانية أن الله نهى الأزواج عن إمساك زوجاتهم للأضرار بهن لأن في هذا الإمساك ضرراً ، حيث يعتدي الزوج على زوجته حين يمسكها ، فلا هو يحسن إليها بالإنفاق ، ولا هو يتركها لعلها تجد سواه .

---

(١) زاد المعاد ج ٤ ص ١٥١ .

قال القرطبي في تفسيره : إن من الإمساك بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفقه على الزوجة أن يطلقها ، فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها والجوع لا صبر عليه[1] .

٢ ـ السنة الكريمة :

قوله عليه السلام : « ابدأ بمن تعول المرأة تقول إما أن تطعمني وإما أن تطلقني » .

٣ ـ ما روي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا »[2] .

تفصيل مذهب التفريق لعدم الإنفاق بين الزوجين :

أجاز جمهور الفقهاء التفريق بين الزوجين لإعسار الزوج بناءعلى طلب الزوجة ، وهذا ما عليه العمل في تشريعات قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية وسنذكر تفصيل ما ذهبت إليه المذاهب الفقهية المصدر الذي استمدت منه القوانين أحكامها[3] .

---

(١) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٥٥ .

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٣٠٧ .

(٣) لم أجد في حدود ما اطلعت عليه من أجاز التفريق للإعسار أو عدم الإنفاق عند فقهاء الجعفرية في مصادرهم القديمة ولكني وجدت بعض المعاصرين أفتوا بجواز التفريق .
فقد أفتى الشيخ جواد مغنية بالتفريق لعم الإنفاق ونقل فتوى عن السيد أبي الحسن في الوسيلة : « لو كان الزوج ممتنعاً عن الإنفاق مع اليسار ورفعت أمرها للقاضي ألزم بالإنفاق أو الطلاق فإذا امتنع ، ولم يكن الإنفاق عليها من ماله ولا إجباره على الطلاق فالظاهر أن للحاكم أن يطلقها إن أرادت الطلاق » .
وبهذا أفتى السيد محسن الحكيم في رسالة « منهاج الصالحين » في باب النفقات . راجع الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة للشيخ محمد جواد مغنية .

الشـافعية :

١ ــ لا يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع زوجها عن الإنفاق وكان غنيا وعليها أن تأخذ نفقتها من ماله ولو دون رضاه . فإن عجزت رفعت أمرها للقاضي حيث يلزمه بالإنفاق .

٢ ــ أما الغائب الذي لم يترك نفقة فعلى الزوجة أن تنفق على نفسها إلى أن يعـود الزوج ويعتبر ما أنفقته دينا في ذمته لأنه قد يكون الغائب موسرا .

وبعض الشافعية قالوا يجوز لها طلب التفريق في هذه الحالة مادام لم يترك لها نفقة .

٣ ــ ويجوز لزوجة الغائب الذي ثبت عسره أن تطلب من القاضي التفريق .

٤ ــ إن كان الزوج دائنا لمدين موسر لا يثبت حق الفسخ للزوجة إلا إذا كان المدين معسرا والزوج معسرا أيضا فيجوز لها أن تطلب التفريق .

٥ ـ إذا كان سبب الإعسار مرضاً أصاب الزوج فإن كان مرجو الزوال في وقت قريب عليها أن تصبر وإن كان المرض طويل الشفاء جاز لها أن تطلب التفريق .

جاء في نهاية المحتاج[١] :

أما إن كان موسرا وامتنع فلا فسخ ، لأنها يمكنها أن تأخذ منـه جبرا بقـوة القضاء ، أما إن كان غائبا ولم يثبت عسره فلا فسخ لأنه كالحاضر الممتنع .

وفي المهذب[٢] : ومن أصحابنا من ذكر فيه وجها آخر أنه يثبت لها الفسخ لأن تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالإعسار .

وإن كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ وإن كان على معسر لها الفسخ .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٦٦٣ .

(٢) المهذب للشيرازي ج ٢ ص ١٧٥ .

الحنابلة :

١ ــ إذا امتنع الزوج الموسر عن الإنفاق على زوجته سواء أكان حاضرا أم غائبا فللزوجة أن تأخذ من ماله لتنفق على نفسها ، والقاضي يجبره على ذلك إن كان حاضرا أو يبيع من عقاراته إن كان غائبا .

٢ ــ أما الغائب الذي لم يترك نفقة لزوجته وليس له ما يبيعه القاضي فللزوجة حق طلب التفريق إذا لم تجد أحد يقرضها النفقة .

جاء في الإنصاف(١) : إذا كان له مال وكان غائبا كان للحاكم أن يبيع ولو من عقاراته لتنفق على نفسها ، وإلا كان لها الفسخ ، هذا المذهب . وإن غاب ولم يترك لها نفقة ولم تقدر له على مال ولا الاستدانة عليه فلها الفسخ . هذا المذهب .

مذهب المالكية :

١ ــ إذا امتنع الزوج عن الإنفاق وكان له مال ظاهر أخذت النفقة من ماله ولو ببيع عقاراته سواء أكان موجودا أم غائبا وذلك بعد أن يؤجله القاضي فترة مناسبة أما للإنفاق إن كان حاضرا أو للعودة إن كان غائبا .

٢ ــ أما إذا لم يكن له مال ظاهر :

أ ـ فإن ادعى العسر منحه القاضي مهلة للإنفاق فإن مضت ولم ينفق طلق عليه .

ب ـ أما إذا ادعى القدرة وأصر على عدم الإنفاق ففي المذهب المالكي قولان : قيل يطلق عليه القاضي وقيل يسجن حتى ينفق .

ورد في شرح المواق على خليل(٢) :

« فإن غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقة وله مال حاضر فرض لها القاضي

---

(١) الإنصاف ج ٩ ص ٣٩ .

(٢) شرح المواق ج ٤ ص ٢٠١ .

نفقتها فيه بعد يمينها أنه ما ترك لها نفقة ولا أرسل لها إليها ولا أسقطها عنه . وتباع في ذلك عروضه وأملاكه بعد تأجيله في الأملاك » .

وفي مواهب الجليل[2] :

« ومن لم يثبت عسره وامتنع عن الإنفاق أو الطلاق فتارة يقر بالملاءة وتارة يدعي العسر : فإن ادعى العسر ، تلوم له ، وإن أقر بالملاءة فحكى ابن عرفة في ذلك قولين :

أحدهما : أنه يعجل عليه الطلاق .

والثاني : أنه يسجن حتى ينفق .

وإذا كان له مال ظاهر أخذت النفقة منه كرها .

وفي شرح الخرشي[2] : ويباع عقار الغائب في نفقة زوجته إذا لم يكن له مال ولا دين ولا وديعة بعد ثبوت ملكه له بالبينة .

وخلاصة المذاهب الثلاثة في الممتنع عن الإنفاق :

لا يجوز للزوجة طلب التفريق ما دام زوجها غنيا سواء أكان حاضرا أم غائبا ما دامت تستطيع الحصول على النفقة ولو ببيع عقاراته أو استيفاء ديونه على الغير أو الاستدانة من الغير لتنفق على نفسها . وفي هذا يتفق الحنفية مع هذا الرأي حرصا على الحياة الزوجية وعدم إنحلالها لسبب قد يمكن التغلب عليه وهو الحصول على النفقة .

على أن بعض المالكية أجاز لزوجة الممتنع عن الإنفاق ولو كان غنيا أن تطلب التفريق وللقاضي أن يفرق بينهما لأنه مكلف برفع الظلم وإمساك الزوجة مع عدم الإنفاق لا يعد إمساكا بمعروف بل إمساك مع الظلم والأذى والضرر .

---

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٩٦

(٢) شرح الخرشي ج ٣ ص ٣٤ .

وقد أخذت معظم التشريعات العربية بالمذهب المالكي الذي أجاز التفريق لعدم الإنفاق بإحدى روايتين .

جاء في المادة ١١٧ من مشروع قانون دولة الأمارات .

ف أ : إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ، ولم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالنفقة الواجبة في مدة قريبة ، جاز لزوجته طلب التطليق .

ف ب : فإن قال أنه معسر ولم يثبت إعساره طلق عليه القاضي في الحال وكذلك إن لم يقل أنه موسر أو معسر وقال أنه موسر وأصر على عدم الإنفاق .

التفريق للإعسار في المذاهب الثلاثة :

أجاز فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية التفريق بين الزوجين لإعسار الزوج بناء على طلب الزوجة :

إذا لم تصبر الزوجة على إعسار زوجها حتى يساره ، ولم تجد من يقرضها أو لم يكن لديها مال تنفقه خلال مدة الإعسار وللزوجة أن ترجع بما استدانت أو أنفقت من مالها على زوجها حين يساره . كما أن للزوجة طلب التفريق ولو كانت غنية إذا أعسر زوجها عن النفقة .

ففي نهاية المحتاج للشافعية :[1]

إذا عجز الزوج عن نفقة زوجته ولم تصبر فلها فسخ الزواج بعد أن ترفع أمرها إلى القاضي . . . أما إن صبرت وأنفقت على نفسها أصبحت النفقة في ذمة زوجها تأخذه متى أيسر .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٦٣

وفي الانصاف للحنابلة[1] :

إذا عجز الرجل عن أقل نفقة خيرت المرأة بين الفسخ وبين المقام معه على النكاح . وقال ابن تيمية[2] : إذا تعذرت النفقة من جهته فلها فسخ النكاح .

وكذلك قرر فقهاءالمالكية وفق ما ورد في البهجة[3] : ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية .

أما مشروع قانون دولة الأمارات فقد أجاز التفريق أيضا للإعسار وفق ما ورد في المادة ١١٧ ف جـ : وإن ثبت إعساره أمهله القاضي مدة لا تزيد عن شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه القاضي .

وإذا كان الزوج غائبا فيجوز للقاضي تنفيذ النفقة من أمواله ولو كان مقيما في مكان معلوم .

أما إن كان الزوج غائبا في مكان مجهول ولا مال له فيجوز للقاضي أن يطلق عليه زوجته إذا طلبت ذلك .

الاختلاف بين المذاهب الثلاثة :

يبدو لي أن الشافعية حين ذهبوا إلى أنه لا تفريق إن كان الزوج قادرا على الإنفاق بل يجبر على ذلك حتى ولو كان غائبا ولم يترك مالا خلافا لما ذهب إليه بعض المالكية والحنابلة : إن السبب هو أن علة التفريق عند الشافعية هي ذات الإعسار فالممتنع مع القدرة لم تتوفر فيه علة الإعسار للتفريق .

أما عند المالكية والحنابلة فإن علة التفريق هي الضرر من عدم الإنفاق سواء أكان الزوج موسرا وامتنع عن الإنفاق أم معسرا ولا يجد ما ينفقه فإن الزوجة في الحالتين يصيبها الضرر ولهذا أجازوا التفريق .

(١) الانصاف ج ٩ ص ٣٩٠ .

(٢) فتاوي ابن تيمية ج ٤ ص ٩٢ .

(٣) البهجة ج ٢ ص ٣٩٧ .

حكم رضا الزوجة أو علمها بإعسار زوجها :

قال الشافعية[1] والحنابلة[2] أن رضا الزوجة أو علمها بإعسار زوجها لا يسقط حقها في طلب التفريق لأنه هذا الحق متجدد في كل يوم وكذلك لو اشترط عليها أن لا نفقة لها عليه فلا يسقط حقها في النفقة لأنه شرط يخالف مقتضى العقد[3] .

أما المالكية فقالوا : إن علم الزوجة بفقر زوجها يسقط حقها في طلب التفريق للإعسار لأنها رضيت به فلا خيار لها[4] .

ما مقدار النفقه التي إن أعسر الزوج بها حق للزوجة طلب التفريق ؟

إن المذاهب الثلاثة التي أجازت التفريق للإعسار حددت النفقة بالقوت الضروري الذي بدونه لا تستطيع الزوجة الحياة ، ولا تفريق عن نفقة متجمدة سابقةولكنها تثبت في ذمته .

وهذا في رأينا يخضع لتقدير القاضي حسب العرف وظروف كل من الزوجين لتحديد ماهو ضروري من النفقة حتى أن الحنابلة قالوا : إن اعتادت الطيب والناعم فعجز عنها فلها الفسخ .

آثار التفريق وهل هو فسخ أم طلاق :

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة للإعسار هي فسخ لأنها تقع بحكم القاضي وقال المالكية أنها فرقة بطلاق والطلاق هنا رجعي والرجعة مشروطة بشرطين :

أ ــ أن يثبت الزوج يساره لدى القاضي .
ب ــ أن يبدي استعداده للإنفاق .

---

(١) الوجيز ج ٢ ص ١١٥ .
(٢) كشاف القناع ج ٥ ص ٣٩٠ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٦٣ .
(٤) البهجة ج ٢ ص ٣٩٦ . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٦٠٧ .

فإن راجع الزوج زوجته وهي ما تزال في العدة ولم يتوافر هذان الشرطان كانت الرجعة باطلة لأنه لا فائدة منها إذا استمر الإعسار قائما ، أو عدم الاستعداد للإنفاق حيث الضرر لم يزل عن الزوجة ، فوجب الاستمرار بالتفريق حتى تمضى العدة ويصبح الطلاق بائنا .

وقد نص مشروع قانون الأحوال الشخصية لدولة الأمارات العربية المتحدة :

في المادة ١٢٠ :

ف ١ : تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا .

ف ٢ : وللزوج بأن يراجع زوجته في العدة إذا أثبت يساره واستعد للإنفاق بدفعه النفقة التي كان التطليق بسبب الامتناع عن أدائها وإلا كانت الرجعة غير صحيحة .

ف ٣ : النفقة التي يتفق بأدائها هي النفقة المعتادة وليست النفقة التي طلق لأجلها فهي أقل النفقة ، ولذا لا تصح الرجعة إلا باستعداده وإثبات يساره للنفقة العادية .

ونلاحظ فيما ذهب إليه مشروع القانون أنه أخذ بالمذهب المالكي باعتبار التطليق لعدم الإنفاق يقع رجعيا بينما قرر الشافعية والحنابلة أن الفرقة لعدم الإنفاق فسخ وليست بطلاق .

وحسناما ذهب إليه مشروع القانون حيث حدد النفقة التي إذا حصل عليها الزوج خلال فترة العدة يستطيع خلالها أن يراجع زوجته وهي النفقة المعتادة وليست النفقة الضرورية .

الفصل الرابع
التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين

شرع الإسلام وحدة الزوجيةواستمرارها بما بينه من حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين . يقول الله تعالى : ﴿ **ولهنّ مثل الذي عليهن بالمعروف** ﴾ . وأمر الله كلا من الزوجين بالصبر على صاحبه حتى مع الكراهية لقوله تعالى : ﴿ **فإن كرهتموهنّ فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا** ﴾ .

وبما أن هذه الحياة الطويلة قد يعترضها أمور تعيق مسيرتها أو استمرارها ، ولذا عالج الإسلام هذه الحالات بما يضمن الاستقرار والهدوء ومصلحة كل من الزوجين مع مراعاة مصلحة الأولاد والمجتمع كوحدة كاملة تشكل الأسرة اللبنة الأولى في بنائه .

وفي هذا المجال نجد أمامنا ثلاث حالات بينها القرآن الكريم في نظام الأسرة ووضع الحلول لها :

١ ــ نشوز الزوجة .
٢ ــ نشوز الزوج .
٣ ــ نشوز كل من الزوجين من صاحبه .

١ ــ نشوز الزوجة :

قال الله تعالى ﴿ **واللاتي تخافون نشوزهنّ فعظوهنّ واهجروهن في المضاجع واضربوهنّ ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** ﴾[1] .

---

(١) سورة النساء ـ ٣٤ .

والخوف هنا بمعنى الظن أي إن ظننتم نشوزهن . وفي هذا إرشاد للمبادرة بالعلاج قبل وقوع الداء[1] .

والنشوز هو : معصية الزوجة فيما فرض الله عليها من طاعة زوجها والقيام بواجباتها بموجب عقد الزواج[2] .

فإن نشزت الزوجة أو ظن ذلك بها فلا بد من علاج سريع تلافيا لما هو أشد وحرصا على استقرار الحياة الزوجية وعدم انحلالها بالطلاق فقد شرع الله للزوج الموعظة الحسنة لزوجته بما يتفق مع سنها ووضعها الاجتماعي والثقافي لتعود إلى ما كانت عليه من الاستقامة وترك نشوزها ومعصيتها ، فإن لم تفدالموعظة، وكثير من النساء يتعظن بما يوجه إليهن من حسن توجيه وإرشاد من قبل الزوج أو غيره فما على الزوج إلا أن يلجأ لطريقة أخرى وهي هجرها في مضجعها .

جاء في كتاب التاج المذهب في الفقه الزيدي[3] .

والهجر إنما هو في المضجع لا في الكلام ، ولأن هجر الكلام منهي عنه إذا زاد عن ثلاثة أيام ، والهجر قد يطول شهراً ولهذا كان الهجر هجر مضجع لا هجر كلام .

ولعل في وصف الهجر بالمضجع دون الكلام وسيلة لمحاولة عودة الأمور إلى ما كانت عليه بين الزوجين من الود والمحبة واستقرار الحياة .

فإن لم يفد ذلك وقبل أن يقدم الزوج على الطلاق ولئلا يلام على فعله قبل أن يبذل قصارى جهده ، شرع الله له الطريقة الثالثة وهي الضرب غير المؤلم بعد محاولات الإصلاح الأدبية والمادية عن طريق الوعظ والهجر .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٣٠ .
(٢) الشرح الكبير ج ٨ ص ١٦٧ .
(٣) مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٥٩ .
(٤) التاج المذهب ج ٢ ص ٧٢ .

ولابد من الإشارة إلى أن الضرب هنا كما أجمع المفسرون على تفسيره هو الضرب غير المبرّح ولا المؤذي ولا المؤلم ، فإن تجاوز ذلك كان للزوجة حق طلب التفريق وطلب تعزير الزوج من القاضي .

قد ذكر الفقهاء أن الضرب يجب أن لا يتجاوز الضرب بالسواك ونحوه فهو ليس مقصودا بذاته بل هو تدرج بمحاولات الإصلاح وإذا غلب على ظن الزوج أن هذا لا يفيد ، أو أنه يجرح من كرامة المرأة فلا يجوز الضرب مهما كان طفيفا لأنه معلول بالغاية وهي الإصلاح ، فإن لم يتحقق فلا فائدة فيه إلا الضرر وهذا غير جائز .

ومع ذلك فقد ورد عن النبي ﷺ النهي عن الضرب ، حتى قال بعض الشافعية أن الضرب نسخ بالسنة لكثرة ما نهى عنه عليه السلام .

كما يجب ألا يغرب عن البال أن الإسلام وجد لجميع الناس ولكل الطبقات فقد يكون مجرد التهديد بالضرب مهما كان ضئيلا يكفي عقوبة لبعض الزوجات ، ولذلك فقد جعل الإسلام الموعظة والهجر والضرب مراحل ترك للزوج استعمالها بحكمته على أن تحقق له الغاية المرجوة منها .

فالتأديب لبعض النساء من ذوي الشذوذ مثلا أو الإنحراف ممن لا تنفع فيهم الموعظة والهجر أمر تدعو إليه الفطرة السليمة ويقضي به نظام المجتمع .

فالضرب إذن حتى في الوصف الذي ذكرناه ليس عقوبة بقدر ماهو علاج تفاديا لوقوع الطلاق بين الزوجين ، كما يقول الله تعالى : ﴿ **فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** ﴾ . أي إذا حصل الغرض بالوعظ والإرشاد أو بالهجر فلا يجوز الضرب ولو كان الضرب عقوبة لأمر الله به رغم ذلك لأن المذنب لا يعفيه من العقوبة رجوعه عنها بعد ارتكابها .

ونظراً لأهمية هذا الموضوع وعدم وضوح معنى الضرب المشار إليه لدى كثير من الناس فإني أذكر بعض نصوص الفقهاء :

جاء في أحكام القرآن للجصاص عن عطاء قال : الضرب غير المبرح بالسواك ونحوه .

وقال الحطاب في شرح مختصر خليل والضرب في هذه الآية هو ضرب الأدب غير المبرح كالكزة ونحوها .

وقال الدردير ولا يجوز الضرب المبرح ولو علم أنها لا تترك النشوز إلا بـه .

ونقل بعض الشافعية أن الضرب منسوخ بالسنة وهذا وإن كان لم يسلم به الفقهاء إلا أنه يدل على أهمية فهم معنى الضرب فقد جاء في مختصر المزني[٤] :

قال عليه الصلاة والسلام : « لا تضربوا إماء الله . وقال لقد طاف بآل محمد سبعون امرأة كلهن يشتكين أزواجهن فلا تجدون أولئك خياركم » .

وفي مغني المحتاج[٥] والأولى له العفو عن الضرب ، وخبر النهي عن ضرب النساء محمول على ذلك ، أو على الضرب بغير سبب يقتضيه لا على النسخ .

وفي كتاب المختصر النافع من كتب الشيعة الجعفرية[٦] فإن لم ينجح ، ضربها مقتصراً على ما يؤمل معه طاعتها ما لم يكن مبرحاً .

٢ ــ نشوز الزوج :

قال الله تعالى : ﴿ **وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح**

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٢٠

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥٠ .

(٣) الدردير على خليل ج ٢ ص ٤٠٢ .

(٤) مختصر المزني ج ٥ ص ٤٧ .

(٥) مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٦٠ .

(٦) المختصر النافع ص ٢١٥ .

عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير ﴾[1] .

على الزوجة أن تحاول إصلاح نشوز زوجها فإن أصر على إعراضه رفعت أمرها للقاضي ليعزره إن رغبت البقاء معه ولم تطلب الطلاق . وقال الفقهاء يأمر القاضي الزوجه بهجره فإن لم يفد الهجر ضربه تعزيرا .

ويقول فقهاء المالكية[2] : إن كان يضارها بالهجر أوالضرب أو الشتم زجره الحاكم إذا رفعت أمرها إليه وأثبتت تعدي الزوج واختارت البقاء معه فإنه يعظه أولا إن جزم بالإفادة أو ظنها أو شك فيها ، فإن لم يفد ذلك ضرب إن جـزم بالإفـادة أو ظنها .

٣ ـ نشوز كل من الزوجين :

يقول الله تعالى : **﴿ فإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ﴾** .

والمخاطب هنا هو الحاكم ولذا قال المالكية[3] : إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاتمة كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما وإن لم يطلبا منه ذلك فلا يحل له أن يتركهما على ما هما عليه من المشاتم وفساد الدين .

وقال بعض المفسرين المخاطب هنا بقوله تعالى : **﴿ فإن خفتم ﴾** هو الزوج والزوجة فإذا شـعر الزوجان بسوء المعاشرة اختار كل منهما حكما للإصلاح .

ويشترط في الحكمين التكليف والإسلام والعدالة وفهم المقصود من مهمتهما وكيفية أدائها .

وفي اختيارهما من غير الأهل خلاف بين الفقهاء .

---

(١) سورة النساء الآية ١٢٨

(٢) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٠٢ .

(٣) مواهب الخليل ج ٤ ص ١٦٠ .

مهمة الحكمين :

الأصل في إيفاد الحكمين هو أن يقوما ببذل الجهد للإصلاح بين الزوجين بعد معرفة أسباب الشقاق . أما إذا لم يتم الإصلاح فقد اختلف الفقهاء فمنهم من قال للحكمين التفريق بين الزوجين ، ومنهم من قال أن مهمة الحكمين الإصلاح فقط ولا يملكان التفريق .

١ ــ الرأي الأول :

إن مهمة الحكمين الإصلاح ولا يحق لهما التفريق إن عجزا عنه .

قال الشافعية[١] : الحكمان وكيلان وهذا ما ذهب إليه الحنابلة في أرجح الروايتين[٢] وعلى هذا لا يملك الحكمان التفريق لأنهما لم يوكلا من قبل الزوجين إلا بالإصلاح فإن وكلاهما بالتفريق فرقا بناء على رغبة الزوجين وإلا فلا يجوز لهما ذلك .

ودليل هذا الرأي :

١ ــ قوله تعالى : ﴿ **أن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما** ﴾ . فلم يقل القرآن الكريم إلا الإصلاح إذ لم يذكر التفريق فمهمة الحكمين الإصلاح فقط ورفع تقريرهما للحاكم .

٢ ــ ما روي عن علي بن أبي طالب : أنه قال لحكمين بين زوجين : « عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا » ، فقالت الزوجة رضيت بكتاب الله ، وقال الرجل أما الفرقة فلا . فقال علي : « لا تنفلت مني حتى تقر كما أقرت »[٣] .

---

(١) مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٦١ .
(٢) الانصاف ج ٨ ص ٢٨٠ .
(٣) تفسير الكشاف للزمخشري ج ١ ص ٣٦٣ .

ووجه الاستدلال : أن حكم الحكمين لا يكون إلا بتوكيل من الزوجين فإن لم يوكلاهما بالتفريق اقتصرت مهمتهما على الإصلاح .

٣ ـ إن في تفريق الحكمين سواء أكان ذلك طلاقاً بدون مال أو خلعاً على مال ، إخراج ملك من صاحبه بدون رضاه ، وقد قال الله تعالى : ﴿**وأتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً**﴾

يقول الجصاص[١] :

فالقائل بأن للحكمين أن يخلعا بغير توكيل من الزوج مخالف لنص الكتاب قال تعالى : ﴿ **ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾ .

يقول أستاذنا الجليل الإمام الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله في هذا الاستدلال :

إن الذين يقولون أن للحكمين ذلك الحق إنما يستمدون ذلك من فهمهم للقرآن ، وإن نصه يجعل للحكمين حق التفريق . ثم إن الخلع الذي يحكم به الحكمان إنما يكون عندما يتبين أن الإساءة من جانب الزوجة ، وأنها ظالمة للزوج ، وأنها تنغص على حياته الزوجية وتجعلها جحيماً لا رحمة تطفئها ، فكان من العدل رد ماله الذي غرمه ، ورد المال إلى صاحبه لا يعد أكلاً لمال الناس بالباطل ورفع الغبن عن مظلوم قدم ماله رجاء حياة زوجية يفكه في نعيمها ، فصلى بنار فيها ، لا يحتاج إلى رضاها ، لأن رفع الظلم واجب ، طابت نفس الظالم أو لم تطب[٢] .

أدلة من قال أن للحكمين حق التفريق بين الزوجين :

قال فقهاء المالكية ورواية عن الإمام أحمد وقول عند الشافعية أن للحكمين أن يفرقا بين الزوجين إن عجزا عن الإصلاح .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد س ٦٤٧ ص ٩٨٠ .

يقول الخرشي[1] : « المشهور أن الحكمين طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة ولو كانا من جهة الزوجين ، فإذا حكما بطلاق ولو خلعا نفذ ولا يحتاج إلى مراجعة حاكم البلد ولا إلى رضا الزوجين »

وجاء في المغني للحنابلة[2] : والرواية الثانية : إنهما حكمان مهمتهما أن يفعلا ما يريان من جمع أو تفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما وهذه الرواية اختارها ابن تيمية وابن القيم وعدد كبير من فقهاء الحنابلة .

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة التالية :

١ ـ إن قوله تعالى : ﴿ **فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها** ﴾ . يدل دلالة واضحة على أنهما حكمان ولو كانا وكيلين لقال تعالى ابعثوا وكيلا عن الزوجة ووكيلا عن الزوج ، ولذلك فالحكم يحكم بما يراه من المصلحة على أن يبدأ بالإصلاح فإن تعذر عليه ذلك كان التفريق أمرا لابد منه لإنهاء الخلاف المستحكم بين الزوجين .

٢ ـ ذكر الطبري في تفسيره[3] عن ابن عباس في الحكمين أنه قال : فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز .

٣ ـ ما روي عن عقيل بن أبي طالب حين نشأ خلاف بينه وبين زوجته وكانت من بني أميه فبعث عثمان رضي الله عنه حكما من أهله وهو عبدالله بن عباس وحكما من أهلها وهو معاوية بن أبي سفيان ، لأن الحكمين من أهلهما أعرف بالحال من غيرهما ، وقال لهما عثمان رضي الله عنه : « إن رأيتما أن تفرقا فرقتما » .

٤ ـ إن الله تعالى أمر الزوج بقوله : ﴿ **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ فإذا

---

(١) الخرشي علي خليل ج ٣ ص ١٤٨ ، وفي حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٠٣ قول في المذهب المالكي أن الحكمين وكيلان .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٦٨ .

(٣) تفسير الطبري ج ٨ ص ٣٢٤ .

حصل الشقاق وتعذر الإصلاح ، تعين التسريح لأنه وقع النفور والنشوز بين الزوجين وحاول الحكمان الإصلاح دون جدوى فوجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين .

يقول ابن القيم الجوزية : والعجب كل العجب من يقول هما وكيلان لا حكمان والله تعالى قد نصبهما حكمين . . . والوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن ولا في لسان الشارع ولا في العرف العام ولا الخاص [1].

٥ ــ إن الحاكم إذا أرسل الحكمين فإنما يقصد بذلك إزالة الخلاف وتحقيق العدالة ، فإن تحقق الإصلاح كان ذلك وإلا فتحقيق العدالة حينئذ يكون بالتفريق ، إذ ليس من العدالة أن يقبل القاضي الإصلاح ويرفض التفريق بين الزوجين لأن في كل منهما إزالة الشقاق والضرر الناشىء بين الزوجين[2] .

التفريق للضرر في مشروع قانون دولة الأمارات العربية المتحدة :

ورد في المادة ١٢٢ ف ١ :

إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما قبل الدخول أو بعده ، يجوز له أن يطلب من المحكمة التفريق وتبذل المحكمة في جلسة سرية وسعها للإصلاح بينهما .

ف ٢ : فإذا تعذر الإصلاح عينت المحكمة حكمين للتوفيق أو التفريق وحلف كل منهما اليمين على أن يقوم بمهمته بعدل وأمانة .

نلاحظ في شرح هذه المواد ما يلي :

١ ــ أن المرجع للتطليق للضرر هو المذهب المالكي حيث توسع فقهاؤه أكثر من بقية

---

(١) زاد المعاد ج ٤ ص ٣٣ .

(٢) فتح الباري ج ٩ ص ٣٣٢ .

المذاهب في إعطاء الحق لكل من الزوجين بطلب التفريق للضرر في كل نزاع زوجي عجز عن إصلاحه بنفسه فيجب الرجوع إلى القاضي .

٢ ــ إن ادعاء أحد الزوجين إضرار الآخر بما لا يستطاع معه دوام العشرة لم ينص عليه فقهاء المالكية ولم يجعلوه شرطا لطلب التفريق بل تركوا للقاضي حق تقدير الضرر وأثره على الحياة الزوجية حسب العرف والوضع الاجتماعي لكل من الزوجين .

وجاء في مواهب الجليل[1] قال ابن فرحون : « من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها ، وإيثار امرأة عليها ، وضربها ضربا مؤلما » .

جاء في الفصل ٢٥ من القانون التونسي :

إذا شكى أحد الزوجين من الإضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه ، يعين حكمين .

٣ ــ لم تذكر هذه المادة حكم ثبوت الضرر لدى القاضي فقد نص فقهاء المالكية على أنه إذا ثبت الضرر لدى القاضي وعجز عن الإصلاح فرق بين الزوجين ولو كان الضرر واحدا ، بينا ورد بعث الحكمين مطلقا وعاما وشاملا لكل نزاع زوجي ولعل هذا أفضل من التفريق الفوري . فقد يتمكن الحكمان من التوصل إلى الإصلاح بين الزوجين .

يقول الخرشي في شرحه على مختصر خليل[2] « إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار فإن شاءت أقامت على هذه الحالة ، وإن شاءت طلقت نفسها بطلقةواحدة بائنة ولا ضرر ولا ضرار » .

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٧

(٢) شرح الخرشي ج ٣ ص ١٤٩ .

ويؤكد هذا الدردير بقوله : « ومتى اشهدت ببينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق ولو لم تشهد البينة بتكرره » .

وهذا ما ورد في القانون المغربي حيث أجاز للقاضي إذا ثبت لديه الضرر وعجز عن الإصلاح أن يفرق بين الزوجين ، أما إذا لم يثبت لديه الضرر وتكررت الشكوى بعث حينئذ الحكمين للتوفيق أو التفريق .

نص الفصل السادس والخمسون من القانون المغربي :

ف ١ : إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهماوثبت ما ادعته ، وعجز القاضي على الإصلاح بينهما طلقها عليه .

ف ٢ : أذا رفض طلب التفريق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين لسداد بينهما .

٤ ـ لقد أعطى مشروع القانون لكل منالزوجين حقطلب التفريق لأضرار الآخر به بينما اقتصرت بعض القوانين على قصر هذا الحق على الزوجة دون الزوج كالقانون المغربي ، ولا شك أن العدالة توجب المساواة بين الزوجين في طلب التطليق .

٥ ـ يجوز للحكمين التفريق إن عجزا عن الإصلاح بين الزوجين وفق ما ذهب إليه المذهب المالكي بينما لا يجوز للحكمين التفريق لدى بقية المذاهب دون توكيل من الزوجين .

وما دام المذهب المالكي هو مصدر مشروع القانون للتفريق للضرر كما أن جميع التشريعات العربية للأحوال الشخصية استمدت من هذا المذهب قواعد التفريق للضرر فإني أوجز أهم المبادىء التي يقوم عليها طلب التفريق للضرر في المذهب المالكي .

١ ـ لكل من الزوجين حق طلب التفريق لاضرار الآخر به ضررا يصعب فيه

استمرار الحياة الزوجية .

٢ ــ لا حد للضرر بل يخضع لتقدير القاضي بعد مراعاةأحوال وظروف الزوجين .

٣ ــ يشترط بقاء الضرر وعدم التنازل عنه حتى قيام الدعوى فإذا رضي أحدهما بعد وقوع الضرر سقط حقه بالمطالبة للتفريق لأجله .

٤ ــ إذا ثبت الضرر لدى القاضي وعجز عن الإصلاح بين الزوجين حكم بالتفريق بينهما .

٥ ــ إذا لم يثبت الضرر أو تكررت الشكوى بعث القاضي حكمين للإصلاح بين الزوجين .

٦ ــ على الحكمين وجوبا محاولة الإصلاح بين الزوجين أولا بكل وجه ممكن فإن تعذر عليهما ذلك لجأ إلى التفريق .

٧ ــ لا يشترط تكرار الضرر إن كان فاحشا أما إن كان يسيرا مما يحدث عادة بين الأزواج فيشترط حينئذ تكراره للتفريق .

٨ ــ إذا اشتكت الزوجة اضرار زوجها بها ورفعت أمرها للقاضي فللقاضي أن يأمر بإسكانها بين قوم صالحين ريثما تتم إجراءات الدعوى خشية من ازدياد الضرر والإساءة إلى الزوجة من قبل زوجها .

٩ ــ إذا تبين للحكمين أن الإساءة من قبل الزوج طلقا عليه بلا مال يدفع إليه من قبل الزوجة وإن كانت الإساءة من قبل الزوجة فقط ولم تجد محاولات الإصلاح فرقا بينها مخالعة بمقدار من الصداق أو أكثر منه أو أقل .

وإن تبين أن الإساءة من الطرفين فرقا بينهما دون بدل أونسبة معينة من المهر[1] .

(١) ذكر ابن رشد في كتابه المقدمات الممهدات ج ٢ ص ١٠٤ ـ ١٠٥ مذهب الإمام مالك في هذا الموضوع إن تبين للحكمين أن الضرر من قبل الزوج فرقا بينهما بغير غرم تغرمه المرأة ، ويكون لها نصف الصداق

١٠ ـ على الحاكم وجوباأن يقضي بما اتفق عليه الحكمان من إصلاح أو تفريق .

١١ ـ يثبت الضرر بين الزوجين إما بشهادة عدلين فأكثر لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم منهما ونحو ذلك . وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران من النساء والخدم وغيرهما بأن فلانا يضر بزوجته بضرب وشتم أو تجويع أو عدم كلام أو تحويل وجهه عنها في فراشه . وفي كمية الضرر : قال مالك : وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف[1] .

١٢ ـ ولابد أن يضمن الشهود أنهم لا يعلمون أن المضر فيهما رجع عن الأضرار بصاحبه وأقلع عنه ، فإن ادعى الزوج أنها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدقته سقط حقها لأنها تعد بذلك قد تنازلت عن المطالبة بالتفريق لهذا السبب .

وقد ورد في المادة ١٢٩ من مشروع القانون على قبول الشهادة لإثبات الضرر :

ف ١ : يثبت الضرر بالشهادة مع توافر النصاب .

ف ٢ : وتقبل الشهادة بالتسامع على نفي الضرر .

ف ٤ : تقبل شهادة الشاهد مهما كانت درجة قرابته أو صلته بالمشهود له متى توافرت فيه شروط الشهادة شرعا .

= إن كان ذلك قبل الدخول ، وجميعه إن كان بعد الدخول ،لأن حكم نصف الصداق قبل الدخول كجميعه بعد الدخول . وإن تبين لهما أن الضرر من قبل المرأة أقراها عليه وائتمناها على غيبتها . وإن تبين لهماأن كل واحد مضر بصاحبه فرقا بينهما بغرم بعض الصداق، نصفه إن كان اضرار كل واحد منهما بصاحبه متكافئا وأكثر ان كان الاضرار منها أكثر ، وأقل ان كان الاضرار منها أقل وهو مذهب مالك رحمه الله وأصحابه .

(١) البهجة للتسولي ص ٣٠٢ .

هل يعد تعدد الزوجات من الضرر الذي يجيز للزوجة طلب التطليق لأجله ؟ :

لقد توسع قضاء البلاد العربية في التطليق للشقاق والضرر ، ومرد ذلك مصدر قوانين الأحوال الشخصية وهو المذهب المالكي الذي أجاز للقاضي التفريق إذا رأى أن استمرار الحياة الزوجية من الأمور الصعبة أو المستحيلة بين الزوجين .

فهل يمكن اعتبار تعدد الزوجات من الأضرار التي تصيب الزوجة بحيث يجوز لها أن تطلب من القاضي التطليق أم لا يحق لها ذلك ؟ .

ورد في مشروع قانون الأحوال الشخصية لدولة الأمارات :

المادة ١٢٧ ، ف ١ :

للزوجة التي تزوج عليها زوجها متى تضررت من ذلك وإن لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها ، إن تطلب التفريق بينها وبينه في مدى شهرين من تاريخ علمها بالزواج مالم ترض به صراحة أو دلالة .

ف ٢ : ويتجدد حقها في طلب التفريق كلما تزوج بأخرى .

ف ٣ : وإذا كانت الزوجة الجديدة قد فهمت من الزوج أنه غير متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التفريق متى تضررت من ذلك .

المادة ١٢٨ : التفريق للزواج بأخرى طلاق بائن

لشرح هذه المواد لابد لنا أن نوضح بالأمور التالية وجهة نظر التشريع الإسلامي ومقاصده العامة في موضوع خطير كهذا وهو التطليق للضرر .

١ ـ إن فقهاء المذاهب الذين أجازوا التفريق بين الزوجين للضرر لم يحددوا نوع الضرر ولا مقداره فكل ضرر أصاب أحد الزوجين جعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلا أو صعبا جاز للقاضي أن يفرق بينهما .

٢ ــ **لا فرق في الضرر إن كان من الزوج أو من أحد أقاربه أو بسببه ما دامت الزوجة** تتأثر بذلك وينشأ عنه الشقاق والخلاف وسوء المعاملة .

٣ ــ لقد ذكر بعض المالكية أن من الضرر على سبيل المثال إيثار زوجة على أخرى كما ذكر الحطاب في شرحه على مختصر خليل[1] » من الضرر . . . إيثار امرأة عليها » .[2]

٤ ــ نقل المفسر الطبري عن ابن عباس في تفسير قوله تعالى : ﴿ **وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما والصلح خير** ﴾ .
قال ابن عباس : فتلك المرأة تكون عند الرجل ، لا يرى منها كبير ما يجب وله امرأة غيرها أحب إليه منها ، فيفضلها عليها ، فأمره الله إذا كان ذلك ، أن يقول لها : ياهذه إن شئت أن تقيمي على ما ترين من الأثرة فأواسيك وأنفق عليك ، وإن كرهت خليت سبيلك ، فإن هي رضيت أن تقيم بعدأن يخبرهمافلا جناح عليه وهو قوله تعالى : ﴿ **والصلح خير** ﴾ وهو التخيير .

٥ ــ لابد أن نفرق بين الزوجة الأولى والثانية بالحكم بهذه المسألة في عدة حالات :

أ ـ إذا اشترطت الزوجة الأولى حين عقد زواجها أن لا يتزوج زوجها عليها فإن تزوج كان لها حق طلب الفسخ . فالشرط هنا صحيح ولازم وإذا تزوج كان لها أن تطلب من القاضي التفريق ـ وذلك وفق ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنابلة .

ب ـ أما إذا لم تشترط ذلك فهل يحق لها طلب التفريق ؟
الجواب على هذا السؤال واضح وهو أن التعدد بحد ذاته أمر مشروع لا يجوز إطلاقا أن يعد ضررا لأن الله حين أباح ذلك بقيوده وشروطه جعله مشروعا لا ضرر فيه أما إذا ساء الزوج استعمال هذا الحق أو لم يتقيد بما أوجب الله عليه من تحقيق المساواة بين الزوجتين والعدل بينهما فهذا أمر

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٧ .
(٢) ومثل ذلك في الفقه الزيدي : التاج المذهب ج ٢ ص ٧٣ والروض النضير ج ٤ ص ٧١ .

طارىء على أصل التعدد وهو ضرر تأباه القواعد والمبادىء والنصوص الشرعية التي أباحت التعدد .

فالتعدد بحد ذاته ليس ضررا بل قد يكون فيه النفع للزوجة الأولى الذي يمنع عنها الطلاق على الأقل ولا يجوز أن يتخذ التعدد قرينة على الضرر فقد يكون له من الموجبات والمبررات ما يجعله خيرا على الأسرة والمجتمع ، ولأن في منع التعدد الشرعي حين تدعو الحاجة إليه من الأضرار ما يفوق كثيرا بعض حالات تتضرر بها الزوجة الأولى من التعدد غير الشرعي .

٦ ـ لهذا فإننا نرى أن الزوجة الأولى إذا أصابها ضرر نتيجة الزواج الثاني بحيث أصبح الزوج يسيء معاملتها أو يصيبها في كرامتها من تفضيل ومحاباة لضرتها فهذا يخالف الشرع الإسلامي الذي أوجب المساواة بين الزوجات حين أباح التعدد . ويصبح حينئذ طلب الزوجة التفريق لظلم زوجها وعدم مراعاته أحكام الشريعة الإسلامية في حسن المعاملة طلبا معقولا ويجوز للقاضي إذا تبين له ذلك التفريق للضرر بين الزوجين .

أما ربط طلب التفريق بمجرد الزواج الثاني فلا يجوز لأن التعدد بحد ذاته أمر مباح مشروع ولم يصدر بعد من الزوج أو الزوجة الثانية أي ضرر أو إساءة .

٧ ـ وأما الزوجة الثانية فإن كانت تعلم حين عقد الزواج أنه متزوج بغيرها وقبلت كان هذا رضاء صريحا منها في قبولها الأمر الواقع لضرورات هي أدرى بتقديرها ،ومن الظلم أن نمنع زوجة رضيت بمحض اختيارها وحسب ظروفها أن تعيش مع زوجة أخرى(١) .

---

(١) أقرت محكمة استئناف القاهرة دائرة الأحوال المدنية أنه ليس من حق الزوجة الثانية طلب الطلاق للضرر من الزوجة الأولى إذا قبلت حين زواجها بالزوجة الأولى ما دام الزوج يعدل بين زوجتيه دون ظلم لإحداهما .

صحيفة الاتحاد العدد ٥٨٤ تاريخ ٣ رمضان ١٤٠٧ الموافق ٣ نيسان ١٩٨٧

أما إذا كانت لا تعلم بأن خاطبها متزوج بأخرى وتزوجته على أنها زوجته الوحيدة فإذا بها تفاجأ بأن له زوجة أخرى ، ففي رأينا أنه يحق لها طلب الفسخ للتغرير الذي أصابها لأنه لم يعلمها بأنه متزوج ولأنها تزوجته على شرط ضمني ملحوظ بأنه غير متزوج والشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ .

ما نراه فيما ذهب إليه مشروع القانون :

إن صياغة هذه المادة التي وردت في حكم الضرر الناشيء عن التعدد صياغة غير دقيقة وتحتاج إلى توضيح وهو أن طلب التفريق يجب أن ينشأ عن الضرر لا عن التعدد فإذا قررنا ذلك لا معنى لما ورد في المادة أن للزوجة الأولى أن تطلب التفريق خلال شهرين من تاريخ علمها بالزواج وإن رضاها بالزواج يسقط حقها بطلب التفريق، يفهم من هذا أن طلب التفريق مرتبط بالزواج لا بالضرر فمتى رضيت بالزواج سقط حقها وهذا غير صحيح لأن طلب التفريق يجب أن يقترن بالضرر والضرر يتجدد أو يتكرر فرضاء الزوجة بالزواج لا يسقط حقها بطلب التفريق فقد ينشأ ضرر في الأيام التالية على رضاها كما أن سكوتها لا يعني عدم الإضرار بها مستقبلا .

لذلك نؤكد ضرورة إعادة صياغة هذه المادة وضرورة ربط طلب التفريق بالضرر لا بالتعدد وإذا تم ذلك لا محل إطلاقا للرضاوالسكوت والعلم بالزواج لأن الضرر ينشأ ويتغير ويتجدد في كل يوم من أيام الزواج رضيت به الزوجة الأولى أم لم ترضى .

ومما يؤكد تفسيرنا لما ذهب إليه واضع هذه المادة وما ترمي إليه من بعد لا نوافق عليه أبدا هو ما ورد في المادة ١٢٨ أن التفريق للزواج بأخرى طلاق بائن .

أي أن المادة توضح أن الطلاق هو للتعدد لا للضرر وهذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ولا يتفق إطلاقا مع روح التشريع في سائر أحكام الأحوال الشخصية في هذا المشروع .

وبما أن هذه المادة وردت خلال بحث التفريق للضرر فـلا ضرورة إطـلاقا لتمييزها عن بقية الأحكام بل يقال : التفريق للضرر طلاق بائن .

وهذا يفسر جميع حالات التفريق للضرر سواء أكان سببه التعدد أو إسـاءة المعاملة أو الإيذاء أو الهجر أو غير ذلك من أنواع الضرر وأخيرا نقترح الاستئنـاس بما ذهب إليه القانون المغربي بالنص التالي :

الفصل ٣٠ : للمتزوج عليها ، إذا لم تكن اشترطت الخيار ، أن ترفع أمرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها ، ولا يعقد على الثانية إلا بعد اطلاعها على أن من يريد الزواج منها متزوج بغيرها .

الفصل ٣١ : للمرأة الحق في أن تشترط في عقد النكاح أن لا يتزوج عليها زوجها ، وأنه إذا لم يف الزوج بما التزم به بقى للزوجة حق طلب فسخ النكاح[1] .

---

(١) راجع في هذا البحث : شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للدكتور مصطفى السباعي ص ١٦٥ المغني لابن قدامة ج ٨ ص ١٤١ . الانصاف للمرداوي ج ٨ ص ٣٥٤ . نظام الأسرة للدكتور صلاح الدين الناهي ص ٨٧ .

البَابُ الرّابع

الطّلاق بحكم الشرع وَ القَانون

الفصل الأول : الإيلاء

الفصل الثاني : الظهار

الفصل الثالث : اللعان

الفصل الرابع : الرضاع الطارئ

الفصل الخامس : الفرقة بسبب تغيير الدين

بعد أن بحثنا أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق باتفاق الزوجين والطلاق بحكم القضاء ، نبحث الآن حالات من فرق الزواج تنتهي بها الحياة الزوجية تلقائيا وعلى الفور إذانشأت بعض الظروف الخاصة بالزوج أو بالزوجة أو بكليهما .

ومن هذ الحالات :

١ ـ الايــلاء .

٢ ـ الظهـار .

٣ ـ اللعــان .

٤ ـ الرضاع الطارىء .

٥ ـ الفرقة بسبب تغيير الدين .

أ ـ ردة أحد الزوجين .

ب ـ إسلام أحد الزوجين .

ونظرا لأن هذه البحوث قليلة المصادر الحديثة بين أيدي الطلاب فقد حاولت شرحها دون إطالة ولكن كان لابد من الرجوع للفقه المقارن لأهمية هذه البحوث وأثرها على الحياة الزوجية من فسخ أو بينونة أو تحريم مؤبد .

وقد أشرت إلى ما ذهب إليه مشروع القانون في الأمارات فيما نص عليه لبعض هذه البحوث وماسكت عنه رجعت فيه إلى المصادر الفقهية وبخاصة في المذهبين المالكي والحنبلي .

إضافة إلى هذا فإني قمت بنقل نصوص من مختلف أمهات الكتب الفقهية في مختلف المذاهب لتحقيق أحكام هذه المواضيع الهامة التي اختل النقل فيها لدى معظم المؤلفين المعاصرين وبخاصة في غير المذهب الحنفي .

الفصل الأول
الايــلاء

الايلاء لغة : القسم . وشرعا القسم على عدم قربان الزوج لزوجته .

وكان الايلاء في الجاهلية طلاقا ، فجاء الإسلام فجعله يمينا ، فالرجل إذا حلف على أن لا يطأ زوجته ، كان فيه من الظلم والضرر للزوجة مما لا تحتمل لذلك شرع الله أحكام الايلاء لإنصاف المرأة من إساءة الزوج من تعسفه .

ومصـدر تشريعـه : قولـه تعالى ٠ ﴿ **للذين يؤلـون نسائهم تـربص أربعة أشهـر ، فإن فـاءوا فإن الله غفـور رحيم ، وإن عزمـوا الطلاق فـإن الله سميع عليم** ﴾ .

هذه الآية الكريمة بينت حكم الايـلاء ونسخت ما كـان عليه العـرب قبل الإسلام من هجر نسائهم دون تحديد زمن .

وفي الايلاء ظلم للمرأة وإيذاء لها أنه حرام حيث يمنع عن زوجته حقا ثبت لها بموجب عقد الزواج .

أركان الإيلاء :لابد للإيلاء من عدة أركان ليأخذ حكمه وتترتب عليه آثاره :

١ ــ **الحالف** : يصح الايلاء من كل زوج يصح طلاقه ، مع خلاف في ايلاء العاجز عن الوطء . قـال جمهور الفقهاء : لا يصح الايلاء من العاجز عنه هذا ماأخذ به المالكية[١] والحنابلة[٢] والشافعية[٣] . فإن كان الزوج عاجـزا عن قربـان

(١) شرح الخرشي ج ٣ ص ١٢٩ .

(٢) الانصاف ج ٩ ص ١٦٩ .

(٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٣٤ .

زوجته فلا تنعقد يمينه .

وقال الحنفية[1] والجعفرية[2] : يجوز الايلاء من كل زوج ولو كان غير قادر على الوطء .

جاء في العناية للحنفية : من آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض ، وفيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها فإن ذلك يسقط الإيلاء عندنا[3] .

٢ ـ **المحلوف به** : قال جمهور الفقهاء : ينعقد الإيلاء بكل يمين أي باسم الله أو بصفة من صفاته .

وقال الجعفرية والظاهرية والزيدية : لا ينعقد إلا باسم الله .

أما إذا ترك الوطء بدون يمين فلا يلزمه حكم إيلاء عند جمهور الفقهاء[4] . وقال مالك إن قصد الاضرار فهو مول ولو لم يحلف لأن الضرر يوجد في الحالتين معا[5] .

٣ ـ **المحلوف عليه** : هو عدم قربان الزوج زوجته سواء كان في ذلك مصلحة للزوجة أم للزوج .

وقال المالكية : إن كان في عدم الوطء مصلحة للزوجة فلا ايلاء .

قال الدسوقي : فإذا حلف لا يطأ زوجته ما دامت ترضع أو حتى تفطم ولدها أو مدة الرضاع فلا إيلاء عليه عند مالك[6] . وهو مذهب علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ١٨٢ .

(٢) الروضة البهية ج ٢ ص ١٧٧ .

(٣) العناية على الهداية ج ٣ ص ١٩٥ .

(٤) فتح القدير ج ٣ ص ١٨٢ مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٤٥ المحلى ١٠ ص ٤٠ الانصاف ج ٩ ص ٢٧٠ ، المختصر النافع ص ٢١٣ شرح النيل ج ٣ ص ٤٤٢ .

(٥) بداية المجتهد ج ٢ ص ٦١ .

(٦) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٠٠ .

٤ ــ **الزوجـة** : يشترط في المولى منها أن تكون زوجة للمولى فلو حلف على أجنبية أن لا يطأها فلا إيلاء ، أما المطلقة فيقع عليها الإيلاء عند من يوقع الطلاق في العدة الرجعية والذين قالوا لا يقع الطلاق إلا مرة بعد مرة فلا يقـع الإيلاء عندهم على المعتدة مطلقا .

٥ ــ **الصيغة** : ينعقد الايلاء باللفظ الصريح كقولـه لا جامعتـك أو بلفظ الكنايـة كقوله والله لا أمسك وهو ما يحتمل أكثر من معنى وهذا يحتاج إلى نية كما مر في بحث صيغة الطلاق.

٦ ــ مدة الإيلاء : قال جمهور الفقهاء الشافعي ومالك وأحمد والجعفرية لا يكون موليا حتى تزيد مدة الحلف على عدم قربان زوجته أكثر من أربعة أشهر .

وقال الحنفية : يكفي أربعة أشهر أو ما زاد على ذلك .

وقال ابن عباس لا يكون مولياً حتى يحلف على أن لا يـطأها أبـدا . وقال الحسن البصري أن أي مدة حلف عليها كان مولياً وإن كانت يوما ، على أن يتركها أربعة أشهر وبهذا القول أخذ فقهاء الظاهرية .

وجاء في مشروع القانون : م ١٢١ :

ف ١ : إذا حلف الزوج على أن يترك مباشرة زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر أو دون تحديد مدة ، واستمر ممتنعا حتى مضت أربعة أشهـر قمريـة طلقها عليـه القاضي طلقة رجعية بطلبها .

ف ٢ : إذااستعد الزوج للفيء قبل التطليق أجله القاضي مدة مناسبة إن لم يفيء طلق عليه .

ف ٣ : للمولى أن يراجع زوجته في العدة ، ولا تصح الرجعة إلا بالفيء إليها مالم يكن له عذر فتقع الرجعة بالقول

ونلاحظ فيما ذهب إليه مشروع القانون ما يلي :

١ ـ أخذ المشروع برأي الجمهور أن الايلاء لا ينعقد بدون يمين خلافا للمالكية الذين قالوا إذا قصد الاضرار بترك الوطء كان موليا ولو لم يحلف .

٢ ـ لم يأخذ المشروع برأي الحنفية وهو أنه إذا مضت مدة الأربعة أشهر دون فيء بانت منه زوجته ، بل لابد من حكم القاضي بالتفريق بناء على طلب الزوجة .

٣ ـ الفرقة للايلاء بحكم القاضي تعد طلاقا رجعيا حسب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء خلافا للحنفية الذين قالوا أنه طلاق بائن .

٤ ـ لا تصح المراجعة بمجرد القول بل لابد من الوطء فإن راجعها بالوطء خلال العدة فهي زوجته .

على أن المشروع استثنى حالة الضرورة حيث أجاز الرجعة بالقول إن تعذر على الزوج الوطء فعلا .

آثار الايلاء: إذا انعقد الايلاء فعلى الزوج الفيء إلى زوجته بعد التكفير عن ذلك لأن هجره لا يجوز ، أما إذا لم يفعل ومضت أربعة أشهر اختلفت آراء الفقهاء .

أ ـ قال الجمهور إذا مضت أربعة أشهر وطالبت الزوجة بالفيء[1] أوقفه الحاكم ، فإما أن يفيء فيعود إلى زوجته ، وإما أن يطلق والطلاق رجعي ، وأذا رفض الطلاق وطلبت الزوجة ذلك طلق القاضي[2] .

ب ـ وقال الحنفية والأباضية والزيدية : تبين زوجته منه طلاقا بائنا بمضي الأربعة أشهر دون توقف على طلب من الحاكم أو الزوجة أي يقع الطلاق بحكم الشرع تلقائيا بمجرد مرور أربعة أشهر على الايلاء إذا لم يعد الزوج لزوجته .

---

(١) الفيء : أن يرجع إلى أهله فيجامع . معاني القرآن للفراء ج ١ ص ١٤٥ .

(٢) إذا كان بالزوجة عذر يمنعها من الوطء فعليها أن تنتظر المطالبة بالفيء حتى شفائها إن كانت مريضة .

جـ ــ وقال الظاهرية : يلزمه الحاكم بالفيء ولو لم تطلب الزوجة ولا يطلق عليه بل يأمره بذلك .

د ــ وقال الجعفرية : لا يجوز للقاضي التفريق إلا بناء على طلب الزوجة ويمهل القاضي الزوج أربعة أشهر من تاريخ المطالبة لا من وقت الحلف فإن أبى الفيء حبسه حتى يفعل أما إذا عاد الزوج لزوجته قبل مضي رأبعة أشهر فعليه حينئذ أن يكفر عن يمينه قبل وطئها ، والكفارة هي إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة . فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام .

الفصــل الثاني
الظهـــار

كان الظهار لدى العرب قبل الإسلام فرقة من فرق الزواج بل كان أقسى أنواع الفرق وأشدها ضررا على المرأة ، فكان الرجل إذا كره امرأته ولم يرغب أن تتزوج سواء ظاهر منها فتصبح لا زوج لها ولا تستطيع الزواج .

جاء الإسلام فرفع الظلم عن المرأة وحرم الظهار لأنه منكر من القول وشرع أحكاما لانصاف المرأة حيث جعله محرما مؤقتا يزول بالكفارة .

والظهار لغة هو مصدر ظاهر يقال : ظاهر زيد عمرا إذا قابل ظهره بظهره حقيقة .

وشرعا : الظهار هو أن يقول الزوج لزوجته : أنت علي كظهر أمي .

مصدر تشريع الظهار :

كان أول ظهار في الإسلام ظهار أوس بن الصامت من امرأته خولة بنت ثعلبة حيث جاءت إلى الرسول ﷺ تشكو زوجها وتقول . أنه أكل شبابي ، فلما كبر سني ظاهر مني ولي صبية صغار إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن ضممتهم إليّ جاعوا ، وما زالت تجادله حتى نزل قوله تعالى في سورة المجادلة : ﴿ **قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير** ﴾ .

وحكم الظهار كما ورد في قوله تعالى : ﴿ **الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهنّ أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم، وأنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور** ﴾ .

ولابد في الظهار من توافر العناصر التالية :

١ ـ مظاهر : يصح الظهار من كل زوج مكلف يصح طلاقه فلا ظهار من صبي ومجنون ومكره .
وعند الحنابلة يصح ظهار الصبي بأرجح الروايتين .
وفي ظهار العاجز عن الوطء عند المالكية روايتان .
ولا يصح ظهار المرأة عند جمهور الفقهاء وقال الإمام أبو يوسف من الحنفية يصح ظهار المرأة وعليها الكفارة .

وسبب الخلاف هو أن من جعل الظهار كالطلاق قال لا ظهار من المرأة ومن جعله يمينا قال يصح ظهارها .

٢ ـ مظاهر منها : ويقع الظهار على كل زوجة يصح طلاقها قبل الدخول أو بعده وفي المعتدة رجعيا نفس الخلاف القائم حول طلاق المعتدة .

٣ ـ صيغة الظهار : الظهار الصريح كقوله : أنت علي كظهر أمي ، أما اللفظ الكناني كقوله : أنت علي كأمي فلا يقع إلا بالنية وصدق لدى القضاء أنه قصد التكريم ولم يقصد الظهار .

٤ ـ المشبه به : المشبه به هو ظهر الأم فلا خلاف بوقوعه وقال جمهور الفقهاء ويقع الظهار بكل عضو يحرم النظر إليه سواء من الأم أم من غيرها أي اطراد التشبيه في كل محرم من نسب أو رضاع أو مصاهرة لمساواتهن في التحريم المؤبد كقوله : أنت علي كظهر أختي أو عمتي و خالتي[1] .

ويشترط في المشبه به حرمة التأبيد فلو شبه زوجته بأختها فلا ظهار لأنها لا تشبه

---

(١) لو قال لزوجته أنت عليّ كظهر أبي فعلى روايتين عند الحنابلة :
إحداهما وهو المذهب أنه ظهار والثانية ليس بظهار .
والرواية الأولى جزم بها صاحب الوجيز وقدمها في المحرر . الانصاف ج ٩ ص ١٩٥ .

الأم في التحريم المؤبد . وخالف مالك وقال : لو شبه زوجته بأجنبيه لا تحرم عليه على التأبيد فأنه ظهار .

وقال ابن حزم الظاهري : ولا يجب الظهار إلا بظهر الأم لا بغيره من الأعضاء ، ولا يجب الظهار من غير الأم[1] .

آثار الظهار :

حرمة الاستمتاع : من ظاهر من امرأة حرم عليه وطؤها حتى يكفر وكذلك يحرم عليه مسها ونحو ذلك كالقبلة مثلا لأن هذا يدعو إلى الوطء .

فإن امتنع الزوج المظاهر عن التكفير وضجرت الزوجة بذلك فلها أن ترفع الأمر للقاضي والقاضي يأمره بالتكفير والعودة إلى زوجته أو يأمره بالطلاق رفعا للظلم .

والعودة هنا هي الوطء وقيل يكفي العزم على الوطء .

هل يجوز الوطء قبل التكفير : إذا وطأ قبل التكفير فإنه يأثم ولا بد من الكفارة وقال بعض الفقهاء عليه كفارتان إحداهما للوطء وأخرى للظهار .

وكفارة الظهار هي على الترتيب : الإعتاق : ثم الصيام ثم الإطعام كما ورد ذلك في آية الظهار : ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير . . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا . فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم** .

(١) المحلى ج ١٠ ص ٤٩ .

الفصل الثالث

اللعـــــان

اللعان لغة : مصدر لاعن من اللعن وهو الطرد والإبعاد .

واصطلاحا : شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة بـاللعن قائمـة مقام حـد القذف في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة

مصدر تشريعه : **قال تعالى في سورة النور[١] ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين[٢].**

وجاء في صحيح البخاري أن عويمر العجلاني جاء إلى رسول الله ﷺ وسأله : يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟[٣] .

فقال له رسول الله ﷺ : « قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها ، فأتى بزوجته وتلاعنا عند رسول الله[٤] .

وعلى هذا شرع اللعان ليقوم مقام حد القذف بالنسبة لغير الزوجات لكل من

---

(١) سورة النور الآيات ٤ ـ ٩ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٨٦ .

(٣) فتح الباري ج ٩ ص ٣٧٠ صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٢٤

(٤) الرسالة للإمام الشافعي ص ١٤٨ الأم للشافعي ج ٥ ص ١١١ .

يقذف زوجته ويعجز عن إحضار الشهود [1].

يقول الجصاص[2] : أقيم اللعان في الزوجات مقام الحد في الأجنبيات .

صيغة اللعان :

لا خلاف يذكر بين الفقهاء حول صيغة اللعان لأنها وردت في القرآن الكريم ، غير أنه لابد أن يكون اللعان أمام الحاكم لأن أول لعان أقيم في الإسلام كان بحضور رسول الله ﷺ والزوجين معا .

شروط اللعان :

قال الحنفية : يشترط في اللعان أن يكون بين زوجين مسلمين .

وقال الحنابلة والمالكية : يجوز أن يكون بين زوجين مسلمين أو بين مسلم وكتابية مسيحية كانت أو يهودية .

ومنشأ الخلاف هو في ماهية اللعان هل هو يمين أم شهادة : فالذين اعتبروا اللعان شهادة قالوا : يشترط فيه الإسلام والعدالة وأما من قال أن اللعان يمين فلم يشترطوا ذلك .

أهلية الزوجان للعان :

قال الحنفية إذا كانت الزوجة كافرة أو صغيرة أو مجنونة فلا حد لعدم الإحصان ولا لعان لذلك[3] .

---

(1) قال الفقهاء : إن القاذف لغير زوجته إذا لم يأت بأربعة شهداء فعليه ثلاث عقوبات .

١ ـ جلد ثمانين جلدة .

٢ ـ بطلان شهادته .

٣ ـ الحكم بتفسيقه إلى أن يتوب .

(2) أحكام القرآن ج ٣ ص ٣٣٢ .

(3) رد المحتار لابن عابدين ج ٢ ص ٦٠١ المبسوط ج ٧ ص ٤٢ .

وقال الشافعية[1] والحنابلة[2] والمالكية[3] : أن كانت صغيرة أو مجنونة فلا حد للقذف في هذه الحالة ولكن الزوج يعزر ولا يستوجب اللعان .

وقال الجعفرية والزيدية : يشترط في اللعان أن تكون الزوجة فوق الثامنة من عمرها[4] .

ويجوز أن يكون اللعان باتهام الزوج زوجته بالزنا إذا رد ذلك إلى وقت قبل الدخول كما لو قال لها : زنيت قبل أن أتزوجك عند المالكية[5] والحنابلة[3] والحنفية[7] خلافاً للجعفرية الذين قالوا يشترط في لعان الزوجة أن يكون بعد الدخول[8] . وقال الزيدية لو أضاف الزنا إلى قبل العقد وجب اللعان[6] .

إذا رفض أحد الزوجين اللعان :

قال المالكية والشافعية ورواية عن أحمد : أي الزوجين رفض اللعان أقيم عليه الحد فإذا كان الزوج أقيم عليه حد القذف وإن نكلت الزوجة أقيم عليها حد الرجم .

وقال الحنفية : إذا نكل أحد الزوجين عن اللعان يحبس حتى يلاعن .

---

(١) مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٨٢

(٢) الانصاف ج ٩ ص ٢٤٤

(٣) شرح الخرشي علي خليل ج ٣ ص ٢٧٢ .

(٤) الروضة البهية ج ٢ ص ١٦٥ . التاج المذهب ج ٢ ص ٢٦٠

(٥) شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٣ ص ٢٦٤ .

(٦) الانصاف ج ٩ ص ٢٤٤ وفي رواية عن الإمام أحمد أن الزوج لا يلاعن ولكن يحد إذا اتهمها بالزنا قبل الدخول .

(٧) رد المحتار ج ٢ ص ٦٠٤

(٨) الروضة البهية ج ٢ ص ١٨٠

(٩) التاج المذهب ج ٢ ص ٢٦١

آثار اللعان :

أولا : الفرقة بين الزوجين : إذا تم اللعان بين الزوجين فهل تقع الفرقة بينهما من ذلك اللعان ، أم لا بد من قضاء القاضي بالتفريق بينهما .

أ ـ قال الحنفية : تقع الفرقة بعد اللعان بحكم القاضي .
ب ـ وقال المالكية والحنابلة : تقع الفرقة بمجرد الانتهاء من اللعان .
د ـ وقال الشافعية : إذا انتهى الزوج من اللعان وقعت الفرقة ولو لم تلاعن الزوجة .

ثانيا : هل الفرقة باللعان فسخ أم طلاق :

أ ـ قال أبو حنيفة أن الفرقة باللعان طلاق بائن لأنها فرقة من جانب الزوج .
ب ـ وقال المالكية والحنابلة والشافعية والزيدية أن الفرقة باللعان فسخ وليست طلاقا .

وحجة من قال أن الفرقة باللعان فسخ وليست بطلاق كما وردت في كتاب الروض النضير :

١ ـ ان اللعان ليس صريحاً في الطلاق ولا نوى الزوج به الطلاق حتى يقع .
٢ ـ ثم لو كانت الفرقة طلاقاً لوقعت بمجرد لعان الزوج ولم يتوقف على لعان الزوجة .
٣ ـ ثم لو كان طلاقا فهو طلاق من مدخول بها بغير عوض لم ينو به الثلاث فيكون رجعياً .
٤ ـ إن الطلاق بيد الزوج إن شاء طلق وإن شاء أمسك ، وهنا الفسخ حاصل بحكم الشرع .
٥ ـ إن الفرقة باللعان تقتضي تحريماً مؤبداً كالفرقة بسبب الرضاع فهي فسخ وليست بطلاق .
٦ ـ ما روي عن ابن عباس قوله : المتلاعنان يفترقان بغير طلاق .

ثالثا : هل ينشأ عن الفرقة باللعان تحريم مؤبد : قال جمهور الفقهاء إذا تم اللعان وقعت الفرقة طلاقا بتحريم مؤبد لا عودة للزوجين إثر ذلك ولو كذبا أنفسهما[1] لأن رسول الله ﷺ بعد أن فرق بين المتلاعنين قال : « لا يجتمعان أبدا » . وروى ابن عمر عن رسول الله ﷺ إذ قال : المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا .

وقال أبو حنيفة ومحمد : [2] إن الفرقة توجب حرمة مؤقتة فإذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان أو الفرقة وأقيم عليه حد القذف فإن له أن يعود إلى زوجته بعقد جديد[3] .

وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد برأي جمهور الفقهاء أن الفرقة باللعان فرقة مؤبدة[4] .

---

(١) هذا مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية والظاهرية والزيدية والأباضية ومن الحنفية : أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد . بداية المجتهد ج ٢ ص ٧٣ نهاية المحتاج ١ ص ١٩٣ الانصاف ج ٢ ص ١٢١ المختصر النافع ص ٢٣٥ . المحلى ج ١٠ ص ١٤٤ الروضالنظيرج ٤ ص ١٦٧ شرح النيل ج ٣ ص ٥٤٥ .

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٢٥٥ .

(٣) وفي المذهب الحنبلي رواية مع الحنفية ويقول صاحب الانصاف ج ٨ ص ١٢١ : ينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق الحاكم بينهما فأما إن فرق بينهما فلا وجه لبقاء النكاح على حاله .

(٤) مجمع الأنهر ج ١ ص ٤٦٤ .

الفصل الرابع
الفرقة بسبب الرضاع الطارىء

الأصل في التحريم بسبب الرضاع هو قوله تعالى في آية المحرمات : ﴿ **وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة** ﴾ . وهذا معطوف على قوله تعالى : ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم** ﴾ .

وكذلك ما ورد عن النبي ﷺ قوله : « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » . ولذلك تعد المحرمات بسبب الرضاعة من المحرمات المؤبدة فمن عقد على فتاة بينه وبينها رضاع محرم كان العقد باطلا .

أما إذا تبين للزوج بعد الزواج هذا السبب من التحريم فبمجرد علمه والتأكد من ذلك تقع الفرقة بين الزوجين تلقائيا .

ويعد الزواج قبل اكتشاف أمر الرضاع وبدون علم أحد الزوجين ـ زواجا صحيحا وآثاره صحيحه ، فإن ولدت الزوجة عدة أولاد كانوا شرعيين لأنهم جاؤوا من نكاح صحيح لا شبهة فيه ما دام الزوجان لم يعلما بأمر الرضاع ، أما بعد العلم به فتقع الفرقة بين الزوجين تلقائيا وتعتبر كل صلة بينهما صلة محرمة بالرضاع وهي التحريم المؤبد .

ولابد لتحقق التحريم بالرضاع من توافر شروطه كأن يكون في مدة الأرضاع وهي حولان كاملان من عمر الطفل منذ ولادته لقوله تعالى : ﴿**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ .

وقال أبو حنيفة إن مدة الأرضاع هي ثلاثون شهرا الأولى من حياته لقوله تعالى : ﴿ **وحمله وفصاله ثلاثون شهرا** ﴾ ومن المحتمل أن يكون المقصود بالحمل

بعد الولادة لا قبلها لأن اللفظ يحتمل أن يكـون الحمل داخـل البطن أو مـا بعد الولادة .

وكذلك لا يشترط الحنفية والمالكية مقدارا معينا من الرضاعة للتحريم قليلا كان اللبن أم كثيراً لأن النص القرآني جاء مطلقا : ﴿ **وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة** ﴾ (١)

ويـرى الشافعيـة والحنابلة أنـه لابد من خمس رضعـات مشبعات لأن علة التحريم هو التغذية وذلـك لا يكون إلا بـرضاع يـوم كامـل مشبع قـدر بخمس رضعات (٢)

وعلى هذا فإن ظهور الرضاع الطارىء بين الزوجين يفسخ عقد الزواج بينهما حالا وتبين الزوجة بينونة كبرى دون حاجة إلى لفظ الطلاق أو حكم القضاء بالتفريق لأنها فرقة مؤبدة لا يتصور فيها استئناف الحياة الزوجية .

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٩٢٨ مواهب الجليل ج ٤ ص ٢١٤ بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٠ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ١٧٩ المغني ج ٩ ص ٣١٣ .

الفصل الخامس
الفرقة بسبب تغير الدين

أولا : أثر الردة على الزواج :

إذا ترك أحد الزوجين المسلمين دينه يعد مرتدا سواء انتقل إلى دين سماوي أم لم ينتقل إلى دين معين .

وتعتبر الردة في الإسلام بمنزلة الموت لأنها سبب مفض إليه فالمرتد يقتل رجلا كان أو امرأة ، وقال الحنفية لا تقتل المرأة المرتدة بل تحبس حتى تتوب أو تموت إلا إذا كان في وجودها خطر على المسلمين أو كانت ممن لهن نشاط مؤذ ومعاد للإسلام فتقتل .

وتصرفات المرتد باطلة كلها ولا يجوز له أن يتزوج وإذا تزوج كان زواجه غير صحيح ، وإن كان متزوجا فسخ نكاحه في الحال .

ويلاحظ في أحكام المرتد جانب الخروج على نظام الدولة بخروج المرتد على دين الدولة وهو الإسلام وبهذا يشكل خطرا على المجتمع المسلم فيقتل .

فإذا ارتد الزوج المسلم فلا يجوز بقاء زوجته على عصمته حيث لاعصمة مع الردة ، ولا يجوز بقاء مسلمة زوجة لمرتد لأنه لا دين له ، وما لا يجوز ابتداء لا يجوز بقاء .

أ ــ إذا ارتد الزوج :

قال جمهور الفقهاء إذا ارتد الزوج وقعت الفرقة بين الزوجين حالا وفرق بينهما

فورا لأنه لا يقر على فعله ويقتل إن لم يتب ولا يحتاج إلى لفظ الطلاق ولا إلى حكم القاضي بالتطليق .

هذا ما قال به الحنفية[1] والمالكية[2] والزيدية[3] والظاهرية[4] .

وأضاف المالكية : أن الزوج المرتد إذا تاب من ردته وعاد إلى الإسلام فلا رجعة له على زوجته وإن كانت ما تزال معتدة . وقال الحنابلة[5] والشافعية[6] والأباضية[7] ان ارتد الزوج وكان ذلك قبل الدخول بزوجته وقعت الفرقة بينهما حالا ، أما إن كانت الردة بعد الدخول فلا يفرق بينهما إلا بانتهاء العدة ، فإن رجع إلى الإسلام تائبا قبل مضي العدة فهي زوجته وإلا فرق بينهما .

وفرق فقهاء الجعفرية في أحكام المرتد بين من كان مسلما اصلاً فارتد فلا تقبل منه توبة ولا رجعة إلى زوجته. أما من أسلم حديثا فإنه يستتاب خلال العدة فإن تاب رجع لزوجته.

ب ــ أما إذا ارتدت الزوجة :

قال الحنفية والظاهرية والزيدية : إذا ارتدت الزوجة يفرق بينهما وبين زوجها أثر ردتها .

وقال المالكية : لا يفرق بينهما إذا قصدت الزوجة بردتها فسخ نكاحها بل

---

(١) الفتاوي الحامديةونقل عن قاضيخان في باب الردة : أجمع أصحابنا على أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة .
(٢) شرح المواق ج ٣ ص ٤٧٩ .
(٣) البحر الزخار ج ٣ ص ٧٢ .
(٤) المحلى ج ١٠ ص ١٤٣ .
(٥) المغنى ج ٧ ص ٥٦٦ .
(٦) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٩٠ .
(٧) شرح النيل ج ٣ ص ١٩٥ .

تعامل بنقيض ما قصدته وتبقى زوجته[1] وبهذا أفتى بعض متأخري الحنفية[2] .

هذا إذا توافرت الدلائل والقرائن على أن غرضها الاحتيال للخلاص من زوجها ، وقد اقتصرت معظم المراجع على رأي واحد للمالكية ، ولكن لابد أن نبين أنه إذا لم تقم القرائن على قصدها وهو الخلاص من الزوجية فإن ردتها تقع بها البينونة ويفسخ نكاحها فالرأي مقيد وليس مطلقا في المذهب المالكي .

وفرق الحنابلة والشافعية والجعفرية والأباضية بين ما إذا كانت ردة الزوج قبل الدخول أو بعدها فإذا ارتدت الزوجة قبل الدخول بانت في الحال وإن كان بعد الدخول يتوقف في مدة العدة ، فإن عادت إلى الإسلام خلالها فهي زوجته وإلا فرق بينهما ، والفرقة من يوم الردة .

جـ ـ ردة الزوجين معا :

قال الشافعية والحنابلة والجعفرية : إذا ارتد الزوجان قبل الدخول فسخ النكاح بينهما فورا وتلقائيا ، وإن كانت ردتهما بعد الدخول تتوقف فإن عادا إلى الإسلام بعد التوبة في فترة عدة المرأة فهما على نكاحهما وإلا فرق بينهما .

وقال الحنفية : إذا ارتد الزوجان معا فلا تقع الفرقة بينهما استحساناً حتى لو أسلما معا فهما على نكاحهما ، والقياس أن تقع الفرقة[1] .

« وجه القياس أن ردة أحدهما تقع بها الفرقة فردتهما معا فيها ردة أحدهما

---

(١) راجع الدردير ج ٢ ص ٣١٦ مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٨ المواق ج ٣ ص ٤٨٠ . وقد نقل الحطاب عن الشامل قوله : لو قصدت بردتها فسخ نكاحها لم ينفسخ ، أما إذا لم تقصد فسخ النكاح فالفرقة بينهما بمجرد ردتها عن الإسلام .

(٢) وقال صاحب الجوهرة من الحنفية ج ٢ ص ٣٤ في امرأة ارتدت لتفارق زوجها تقع الفرقة وتجبر على الإسلام وتعزر . وقال الزيلعي في تبين الحقائق جـ ٢ ص ١٧٨ : وبعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة بالردة حسما لباب المعصية ، وعامتهم يقولون بفسخ النكاح .

(٣) البدائع ج ٢ ص ٢٣٧ .

وزيادة . وأما وجه الاستحسان أن العرب في عهد أبي بكر لما ارتدوا ورجعوا إلى الإسلام لم يؤمروا بتجديد أنكحتهم وكان هذا في عصر الصحابة فهو إجماع تركنا القياس لأجله[1] .

وقال الظاهرية : إذا ارتد الزوجان وقعت الفرقة بينهما فورا .

وقالت الزيدية : إذا ارتد الزوجان معا فهما على نكاحهما لأنه لم يختلف دينهما عن بعضهما .

نوع الفرقة التي تقع بالردة :

قال الحنفية : إن ردة الزوجة فسخ بلا خلاف في المذهب ، أما ردة الزوج فهي فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وطلاق بائن عند محمد .

وقال الشافعية والحنابلة والجعفرية والزيدية والظاهرية : إن ردة أحد الزوجين فسخ للنكاح .[2]

وقال المالكية : إن ردة أحد الزوجين طلاق بائن[3]

حكم ردة أحد الزوجين في مشروع القانون :

م ١٥٠ ف ١ : ردة الزوج تترتب عليها الفرقة بينه وبين زوجته ولكن لا تقرر إلا بانقضاء عدتها ، ولا يقضي بفسخ زواجها إلا بعد انقضاء العدة .

---

(١) وقال الشافعية : إذا ترك الكتابي دينه إلى دين آخر غير الإسلام كمسيحي أصبح يهودياً فيعد بحكم المرتد ، وعلى هذا من كان متزوجاً مسيحية وكان مسلماً فتهودت زوجته أخذت حكم المسلمة المرتدة عن دينها الإسلامي لأنها أقرت ببطلان ماكانت عليه ثم انتقلت إلى دين كانت تعتقد أنه باطل . وهذا بخلاف ما لو انتقلت إلى دين الإسلام لأنه دين الحق والصواب . راجع نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٨٥ .

(٢) البحر الزخار ج ٣ ص ٧٢ التاج المذهب ج ٢ ص ٧٢ .

(٣) في المذهب المالكي رأيان اخران للمخزومي ان الفرقة طلاق رجعي وقال ابن الماجشون ان الفرقة فسخ .

ف ٢ : أما ردة الزوجة فلا توجب فسخ الزواج إذا قامت القرائن على أن غرضها الاحتيال للخلاص من الزوجية .

ما نراه في هذه المواد :

١ ـ لم يبين المشروع حكم ردة الزوج إذا حصلت الردة قبل الدخول ، وما ورد في نص المادة ١٥٠ جاءعاما يفيد أن الحكم واحد سواء كان قبل الدخول أم بعد الدخول مع أن الفقهاء قرروا باتفاق أن المرتد قبل الدخول تبين منه زوجته حالا دون حاجة لانتظار توبته ، أما الخلاف فهو في ردة الزوج بعد الدخول ، وأخذ المشروع برأي الحنابلة بانتظار انتهاء العدة حتى تقع الفرقة بينهما خلافا للمالكية والحنفية .

٢ ـ وأما حكم ردة الزوجة فقد نقل المشروع حكم ردتها عن المذهب المالكي وهو بقاء النكاح إذا تبين من القرائن أن غرضها هو الاحتيال لتفارق زوجها .

ثانيا : إسلام أحد الزوجين

لا يجوز للمسلمة أن تتزوج غير مسلم باجماع الفقهاء ، ولكن يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية مسيحية كانت أو يهودية مع خلاف يسير في بعض المذاهب ، كما لا يجوز للمسلم أن يتزوج مجوسية أو من لا دين لها لقوله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم** ﴾ . ويقول الله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم** ﴾[١] .

ومن القواعد العامة في هذا الموضوع أنه مالا يجوز ابتداء لا يجوز بقاء وعلى هذا شرعت أحكام الزواج والطلاق بين مختلفي الدين في الشريعة الإسلامية .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢١ .

ونجد أمامنا عدة حالات في إسلام أحد الزوجين ، سنبحث أحكامها وآثارها على الزواج .

١ ــ أسلام الزوج المسلم إذا كانت زوجته غير مسلمة :

إذا أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية ولم يكن بين الزوجين سبب من أسباب التحريم استمر الزواج بينهما لأن الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء [١] .
وهذا باتفاق جميع المذاهب دون خلاف .

٢ ــ إذا أسلم الزوجان معا :

وكذلك إذا أسلم الزوجان معا فإن النكاح قائم بينهما إذا لم يكن هناك أي سبب من أسباب التحريم بين الزوجين .

جاء في شرح المواق علي خليل[٢] : وأجمعوا أن الزوجين إذا أسلما في حالة واحدة ان لهما البقاء على النكاح الأول ، إلا أن يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب تحريما .

٣ ــ إذا أسلمت الزوجة :

إذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غير مسلم فيجب التفريق بينهما لأنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج غير المسلم ابتداء فكذلك لا يجوز بقاء لقوله تعالى : ﴿ **يأأيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بأيمانهن ، فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهنَّ إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهنّ** » .

---

(٢) البدائع جـ ٢ ص ٣٣٦ .

(٣) المواق علي خليل جـ ٣ ص٤٧٨ وفي المغني للحنابلة : اذا سلما معا فهما على النكاح سواء كان قبل الدخول أم بعده جـ ٧ ص٥٣٥ .

إلا أن الفقهاء اختلفوا في الوقت الذي تبين به الزوجة عن زوجها على ثلاثة آراء :

أ ـ قال الظاهرية : إذا أسلمت الزوجة وقعت الفرقة بينهما في الحال[1] .

ب ـ وقال الحنفية بعرض الإسلام على زوجها فإن أسلم فهي زوجته وإن أبى فرق بينهما .

جـ ـ وقال الجمهور إن كان إسلام الزوجة قبل الدخول فتقع الفرقة بينهما حالا .

أما إن كان إسلام الزوجة بعد الدخول يتوقف حتى انتهاء العدة ، فإن أسلم الزوج خلال العدة بقي الزواج بينهما قائما وإن رفض الزوج الإسلام وقعت الفرقة بينهما[2] .

ولا يجوز للزوج أن يقرب زوجته خلال هذه الفترة .

وإذا أسلم الزوج خلال العدة فهي زوجته أي أن إسلام الزوج رجعة دون إحداث رجعة كما ذكر المالكية عن ابن القاسم والشافعية في مغنى المحتاج .

ما ورد في مشروع قانون دولة الأمارات العربية المتحدة :

م ١٤٨ ف ١ : إذا كان الزوجان غير مسلمين فأسلما معا فالزواج باق بينهما .

ف ٢ : وإذا أسلم الزوج وحده .

أ ـ فإن كانت الزوجة كتابية فالزواج باق .

ب ـ وإن كانت غير كتابية عرض عليها الإسلام فإن أسلمت أو اعتنقت دينا سماويا بقي الزواج ، وإن أبت فسخت المحكمة الزواج .

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ١٢٣

(٢) المحرر ج ٢ ص ٢٨ المجموع ج ٤ ص ٦٩ ، الروض النضير ج ٤ ص ٦٧ في الفقه الزيدي .

ف ٣ : وإذا أسلمت الزوجة وحدها يعرض الإسلام على الزوج إن أمكن وكان أهلا ، فإن أسلم بقي الزواج ، وإن أبى فسخت المحكمة الزواج .

وإن لم يمكن العرض فسخت المحكمة الزواج في الحال إن كان الإسلام قبل الدخول ، وبعد انقضاء العدة إن كان الإسلام بعد الدخول .

م ١٤٩ ف ١ : وفي جميع الأحوال التي تبقى فيها الزوجية يشترط ألا يكون بين الزوجين سبب من أسباب التحريم وإلا فسخت المحكمة الزواج وفرقت بينهما إن لم يفترقا .

ف ٢ : وفي جميع الأحوال التي يجب فيها فسخ الزواج تكون الزوجية باقية حتى يصدر حكم الفسخ .

ف ٣ : وفي جميع الأحوال التي يسلم فيها أحد الزوجين أو كلاهما لا يجوز البحث في صدقه بإسلامه أو عدم صدقه ولا في الباعث له على الإسلام .

البَابُ الخامِسُ

آثارُ فرق الزّواج

الفصل الأول : ما يترتب على الطلاق من أحكام
الفصل الثاني : أحكام العـدة

الفصل الأول
مايترتب على الطلاق من أحكام

بعد أن شرحنا حالات فرق الزواج سواء ما كان منها بالإرادة المنفردة أم بحكم القضاء أم بالتراضي والمخالعة أم بحكم الشرع و القانون ، لابد أن نبين الآثار التي تترتب على الطلاق أي أحكام الطلاق فنوضح ما يترتب على الفرقة الزوجيةمن آثار سواء أكانت الفرقة طلاقا رجعيا أم طلاقا بائنا .

أولا : حكم الطلاق الرجعي :

١ ــ الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يحل فيه للزوج مراجعة زوجته ما دامت معتدة سواء أكانت المراجعة قولا أو فعلا .

٢ ــ لا يزيل الطلاق الرجعي حل الزوجية وتبقى حقوق الزواج بين الزوجين قائمة خلال العدة .

٣ ــ إذا مات أحد الزوجين قبل انتهاء العدة ورثه الآخر ما لم يكن هناك مانع من موانع الميراث كاختلاف الدين بينهما . .

٤ ــ لا تستحق الزوجة مؤخر المهر بمجرد الطلاق الرجعي بل لابد من انتهاء العدة لتستحق المؤخر وذلك لاحتمال مراجعتها ولأن الزوجية ماتزال قائمة بين الزوجين في فترة العدة .

٥ ــ إن الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وهي ثلاث طلقات سواء راجعها الزوج أم انتهت العدة بدون مراجعة .

٦ ـ إذا انتهت العدة ولم يراجع الزوج زوجته انقلب الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن . ولابد من القول بأن المراجعة حق من حقوق الزوج لا يشترط فيه رضا الزوجة وموافقتها لأنها ما تزال زوجة لقوله تعالى : ﴿ **وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا** ﴾ .

والرجعة لا تقبل الإسقاط لأنها من حقوق الزوج الثابتة في الزواج فلو قال أسقطت حقي في المراجعة ثم راجعها فالرجعة صحيحة كالميراث فإنه لا يسقط بإسقاط الوارث كما لو قال أسقطت حقي في الميراث لأن الميراث ثابت بحكم الشرع وكذلك المراجعة ما دامت العدة قائمة .

وكذلك لا تصح الرجعة معلقة على شرط أو مضافة إلى المستقبل لأن الزواج مستمر وقائم خلال العدة من طلاق رجعي .

وهناك بعض الحالات ذكرها الفقهاء لصحة المراجعة كما في التفريق للإعسار فإن من ذهب إلى أن طلاق المعسر طلاق رجعي قال أن الرجعة في هذه الحالة مشروطة بشرطين :

١ ـ قدرة الزوج على الإنفاق .
٢ ـ وتعهده بالإنفاق على زوجته .

وكذلك تعد رجعة المولى وهو من آلى من زوجته أي حلف أن لا يقربها أربعة أشهر فأكثر فإن عليه الفيء أي العودة إلى زوجته ولا يصح الفيء هنا إلا بالمراجعة الفعلية ولا يكفي القول أي لابد من الوطء ليصح الفيء لرفع الضرر والظلم عن الزوجة .

ويعد من هذه الحالات أيضا تطليق القاضي زوجة السجين المحكوم عليه بثلاث سنوات إذا أمضى من العقوبة سنة فيعد الطلاق رجعيا لاحتمال العفو أو الإفراج خلال المدة المتبقية قبل انتهاء العدة .

فإذا راجع السجين زوجته وهو في السجن فإن المراجعة لا تعد صحيحة إلا إذا تم العفو عنه خلال فترة العدة أما إذا لم يفرج عنه فالرجعة غير صحيحة فإذا انتهت العدة فلا تصح المراجعة سواء أفرج عنه أم بقي سجينا .

ثانيا : حكم الطلاق البائن بينونة صغرى :

إذا انتهت عدة الطلاق الرجعي ولم يراجع الزوج زوجته انقلب الطلاق إلى طلاق بائن وهناك حالات يصدر فيها الطلاق بائنا كالطلاق قبل الدخول لأنه لا عدة فيه والمراجعة تكون في العدة وكذلك الطلاق على مال أي المخالعة بين الزوجين لأن الرجعة لا تفيد في هذه الحالة بل تضر وتسيء للزوجة والمراجعة شرعت لمصلحة الزوجة .

ومن أحكام الطلاق البائن :

١ ـ أن يزيل الزوجية منذ صدوره ويرفع حل الزواج ولا يبقى من آثار الزواج إلا العدة .

٢ ـ لا تصح مراجعة الزوج لزوجته ولكن يجوز أن يعقد عليها عقدا جديدا برضاها وبمهر جديد .

٣ ـ يجوز للزوج المطلق أن يعقد على زوجته ما دامت معتدة منه ، أما غير المطلق فلا يجوز له أن يعقد على المعتدة .

٤ ـ لا توارث بين الزوجين إذا مات أحدهما والعدة قائمة لأن الزواج انتهى بمجرد صدور الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي .

ثالثا : حكم الطلاق البائن بينونة كبرى .

الطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلقة الثالثة حيث تبين الزوجة من زوجها ولا يحل له مراجعتها ولا العقدعليها بل لابد من زواج جديد من زوج آخر بعد انتهاء

العدة من زوجها الأول ويدخل بها دخولا حقيقيا دون تواطؤ أو اتفاق لحلها لزوجها الأول ثم يطلقها الزوج الثاني أو يموت عنها وتنتهي عدتها من الزوج الثاني .

ولا يكفي مجرد العقد من قبل الزوج الثاني لتحل للأول بل لابد من الدخول وهذا محل إجماع لدى سائر فقهاء المذاهب .

يقول الله تعالى : ﴿ . . . فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ .

وإذا عادت الزوجة إلى زوجها الأول بعد وفاة زوجها الثاني وانتهاء عدتها وتم العقد بينهما هل تعود بحل جديد أم تعد الطلقات السابقة بعداد الطلقات الثلاث ؟ .

مثلا شخص طلق زوجته طلقة واحدة ثم تزوجت زوجا ثانيا فمات عنها فأراد الزوج الأول الزواج بها فعقد عليها هل يملك في هذه الحالة طلقتين باعتبار أنه سبق أن طلقها طلقة واحدة أم يملك عليها ثلاث طلقات ؟ .

مما لا شك فيه أن الزوج الأول لو طلقها ثلاث طلقات ثم عادت إليه فإنما تعود بحل جديد أي بثلاث طلقات أما لو طلقها الأول طلقة أو طلقتين فللفقهاء رأيان في هذا الموضوع :

هل يهدم الزواج الثاني ما دون الطلقات الثلاث ؟ :

قال الشافعي ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر إذا عادت الزوجة لزوجها الأول بعد زواجها من زوج ثان والدخول بها دخولا حقيقيا فإنما تعود إليه بما بقي لها من طلقات فلو كان زوجها الأول طلقها طلقتين فأنما تعود إليه تتمة لهذه الطلقات - حيث يملك عليها طلقة واحدة فقط تتمة للثلاث .

وحجة أصحاب هذا الرأي أن قوله تعالى : ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** ﴾ . إن الحل منوط بالطلقة الثالثة ، لأن الزوج الثاني يحل تحريم الطلقة الثالثة لا قبلها لأن التحريم لا يثبت إلا بالطلقة الثالثة فما كان قبل ذلك لا يشمله النص . فما لم يثبت التحريم بالطلقة الثالثة لا يثبت الحل بالزواج الثاني .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : تعود الزوجة لزوجها الأول بحل جديد أي يملك عليها ثلاث طلقات سواء أكان طلقها واحدة أم ثلاث طلقات ، لأن الزوج الثاني كما يهدم بزواجه الطلقات الثلاث يهدم مادون ذلك من طلقة أو طلقتين ، لأن من يملك هدم الثلاث يملك هدم مادون ذلك بالأولى .

وهذا هو مذهب عبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر ومذهب كبار الصحابة .

ما ذهب إليه مشروع القانون :

م ١١٤ : أ ــ يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات .

ب ــ زواج المطلقة بزوج آخر يهدم بالدخول طلقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث ، فإذا عادت إلى الزوج السابق ملك عليها ثلاث طلقات جديدة .

الفصل الثاني
أحكام العــدة

إن من آثار فرق الزواج التي تترتب على الطلاق هي العـدة التي تجب على المطلقة أثر طلاقها من زوجها أو وفاته عنها ، ولا يحل للزوجة أن تتزوج بغير زوجها قبل أن تمضي عدتها .

وتجب العدة على الزوجة المطلقة سواء أكان زواجها صحيحا أم كان زواجا فاسدا ، وكـذلك تجب العـدة أثر الخلوة الصحيحـة أو الخلوة الفاسـدة في نكاح صحيح . أما المطلقة قبل الدخول فلا عدة عليها لقوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنـات ثم طلقتموهن من قبـل أن تمسوهن فـما لكم عليهن من عدة تعتدونها** ﴾ .

أما من توفى عنها زوجها فتجب عليها العدة ولو كانت الوفاة قبـل الدخـول لاحتمال أن يكون الزوج قد اختلى بها قبل وفاته وإن الله سبحانه وتعالى أوجب العدة على المتوفى عنها زوجها مطلقا بقوله تعالى : ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** ﴾ .

ســـبب العدة :

وعلى هذا تجب العدة على الزوجة في الحالات التالية :

١ ــ إذا مات عنها زوجها فتجب العدة سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعد الدخول في عقد الزواج الصحيح ، أما الزواج الفاسـد فتجب فيه العـدة إن حصل الدخول ، أما قبل الدخول فلا عدة فيه لأن الزواج الفاسد قبل الدخول لا يترتب عليه أثر .

٢ ــ إذا حصلت فرقة من فرق الزواج سواء بسبب الطلاق أو الفسخ بعد الدخول الحقيقي عند جمهور الفقهاء وبعد الخلوة الصحيحة أو الخلوة الفاسدة عند الحنفية .

٣ ــ وكذلك تجب العدة في النكاح بشبهة بعد الدخول الحقيقي .

حكمة العــدة :

يلاحظ في حكمة التشريع لوجوب العدة على الزوجة عدة أمور أهمها :

١ ــ التأكد من براءة رحم المرأة من الحمل لصون الأنساب عن الاختلاط .

٢ ــ إظهار مكانة الزواج لدى الأسرة وبخاصة في نفس الزوجة فيجب عليها أن تعتد سواء أكان ذلك حدادا على الزوج المتوفى أم على زوال عقد الزواج المقدس .

٣ ــ إعطاء الزوج فرصة يراجع فيه نفسه لعل سبب الطلاق كان واهيا نشأ نتيجة غضب أو وشاية أو كذب فتبين للزوج حقيقة الأمر فيستطيع مراجعة زوجته ما دامت معتدة .

٤ ــ رعاية مشاعر أهل الزوج وأولاد الزوجة في تأخير زواج المطلقة أو للمتوفى عنها زوجها فترة من الزمن تمكث فيها في بيت الزوجية ، لأن تعجيل الزواج في مثل هذه الحالات مما يسيء للزوج وأسرته وأولاده كما يسيء للزوجة نفسها ويترك مجالات لكلام الناس والخوض في أمور لا لزوم لها تمس شرفها وسمعتها بين ذويها وأفراد أسرتها .

أنــواع العــدة :

العدة على ثلاثة أنواع :

١ ــ عدة بالإقـراء .

٢ ــ عدة بالأشهر .

٣ ــ عدة بوضع الحمل .

١ ـ العدة بالإقـراء :

القرء لفظ مشترك يفيد الطهر كما يفيد الحيض ولذلك اختلف الفقهاء في تفسيره .

قال الحنفية : إن القرء هو الحيض وتحتسب مدة العدة بثلاث حيضات . وقال الشافعية والمالكية والجعفرية : المراد بالقرء ، الطهر وتحتسب مدة العدة بابتداء الحيضة الثالثة وبانتهاء ثلاثة أطهار .

والدليل في هذا قوله تعالى : ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾ .

وإذا وقع الطلاق أثناء الحيض فلا تحتسب هذه الحيضة بل لابد من ثلاث حيضات كاملات .

لأن الحيضة لا تتجزأ ولذلك فإن الطلاق والزوجة حائض طلاق محرم لم يوقعه الجعفرية لأنه باطل عندهم ويقع مع الإثم الشديد عند جمهور الفقهاء .

ومن قال من الفقهاء أن العدة بالاطهار فتنتهي العدة بابتداء الحيضة الثالثة بعد انتهاء الثلاثة أطهار ويحتسب الطهر الذي وقع فيه الطلاق .

٢ ـ العدة بالأشـــهر :

تكون العدة بالأشهر في حالتين :

١ ـ الحالة الأولى هي عدة من توفي زوجها بدليل قوله تعالى : ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** ﴾ . وتجب عدة الوفاة على الزوجة سواء مات زوجها عنها بعد الدخول أم قبل الدخول في الزواج الصحيح .

٢ ـ الحالة الثانية : عدة مدتها ثلاثة أشهر ، وهذه العدة بدلا من القروء ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ **واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضنّ** ﴾ .

وتشمل هذه الآية المعتدات لفترة ثلاثة أشهر الزوجات التالية صفاتهن :

أ ـ الزوجة التي انقطع حيضها لكبر سنها ويقـدر بخمس وخمسين سنة عند الحنفية .

ب ـ الزوجة الصغيرة التي لم تر الحيض بعد ، ويرى المالكية أن الفتاة الصغيرة التي لم تر الحيض لا عدة عليها أو بلغت الخامسة عشر ولم تحض أبدا . وتجب عدة ثلاثة أشهر كاملة بدلا عن الاقراء .

أما من توفي عنها زوجها فإن عدتها أربعة أشهروعشرة أيام سواء أكانت كبيرة أم صغيرة سواء كانت ممن تحيض أو ممن يئسن من المحيض .

عدة ممتدة الطهر :

إذا رأت الزوجة الحيض ولو مرة واحدة فإن عدتها ثلاث حيضات مالم تبلغ سن اليأس ، فإذا بلغت سن اليأس اعتدت ثلاثة أشهر . هذا عند الحنفية ، ولا شك أنه في هذا الرأي مشقة على المطلقة ولذلك قال المالكية : تنتظر الزوجة تسعة أشهر بعد الطلاق وهي مدة الحمل غالبا فإذا انقضت ولم يظهر حمل اعتدت ثلاثة أشهر كالايسة ، فإذا لم تر الحيض انتهت عدتها بمرور سنة كاملة من تاريخ الفرقة ويجوز لها الزواج حينئذ .

وهذا مذهب عمر بن الخطاب ووافقه الصحابة فانعقد الإجماع على ذلك فقد روي عنه رضي الله عنه أنه قال : « أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ، ثم انقطع حيضها ، فإنها تنتظر تسعة أشهر فإن بان بها حمل فذاك ، وإلا اعتدت بعد تسعة أشهر ، ثم حلت .

٣ ـ العدة بوضع الحمل :

تنتهي عدة المرأة بوضع الحمل سواء أكانت عدة طلاق من زواج صحيح أو

زواج فاسد لقوله تعالى : ﴿ **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** ﴾ . وعلى هذا فمن وضعت حملها بعد الطلاق ولو بلحظات انتهت عدتها ، سواء كانت العدة من طلاق أو وفاة .

وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه إذا مات الزوج وزوجته معتدة من طلاق ولم تنته عدتها بعد انتقلت العدة إلى أبعد الأجلين ، فإن وضعت قبل عدة الأشهر (أربعة أشهر وعشرة أيام) فعدتها بالأشهر ، وإن امتد الحمل بعد أربعة أشهر وعشرة أيام كانت عدتها بوضع الحمل وهذا هو مذهب الشيعة الجعفرية . وذلك عملا بالآيتين معا : آية ﴿ **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهنّ** ﴾ . وآية ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** ﴾ .

بينما ذهب الجمهور إلى أن آية الحمل جاءت متأخرة عن آية عدة الوفاة فكانت ناسخة لها .

وتبدأ العدة :

أ ــ في الزواج الصحيح من تاريخ الطلاق أو تفريق القاضي أو وفاة الزوج .

ب ــ في الزواج الفاسد من تاريخ تفريق القاضي أو يوم المتاركة أو يوم وفاة الزوج .

جـ ــ في الوطء بشبهة من يوم آخر وطء للزوجة .

تحول العــدة :

١ ــ إذا اعتدت المرأة بالأشهر كالصغيرة مثلا ثم حاضت قبل مضي عدتها وجب عليها أن تبدأ عدة جديدة بثلاثة اقراء من تاريخ الحيضة الأولى .

٢ ــ إذا طلقت الزوجة طلاقا رجعيا ثم توفي الزوج والعدة لم تنته بعد انتقلت العدة إلى عدة وفاة أي يجب أن تبدأ عدة مدتها أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ وفاة

زوجها وتسقط مدة العدة الماضية قبل الوفاة لأن الزوجة في الطلاق الرجعي ما تزال زوجة والآية القرآنية صريحة بقولها : ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصنَّ بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** ﴾ .

أما إذا كان الطلاق بائنا ثم توفي الزوج وهي ما تزال معتدة فتكمل عدتها من الطلاف ولا تنتقل إلى عدة الوفاة لأن الطلاق البائن يقطع الحياة الزوجية ، إلا إذا كان الطلاق تعسفيا أي طلاق المريض مرض الموت ففي هذه الحالة تعتد الزوجة أبعد الأجلين : عدة الوفاة أو عدة الطلاق ، لأن الطلاق البائن في مرض الموت لا يقطع الزوجية لأن الزوجة ترث إذا توافرت شروط طلاق المريض .

وجاءت هذه الأحكام بمشروع القانون :

م ١٦٤ : المبانة بقصد الفرار من الإرث إذا توفي مطلقها قبل تمام عدتها تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة .

نفقة المعتدة :

١ ــ تستحق المعتدة من طلاق رجعي نفقة العدة ما دامت معتدة دون خلاف وكذلك إذا كانت المعتدة حاملا حتى تضع حملها .

٢ ــ أما المطلقة طلاقا بائنا ففي استحقاقها النفقة خلاف قال الشافعي ليس لها إلا السكنى لقوله تعالى : ﴿ **اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** ﴾ . وقال الحنفية لها النفقة ولو كان الطلاق بائنا لقوله تعالى في المطلقات عموما : ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته** ﴾ .

٣ ــ لا نفقة للمعتدة من زواج فاسد أو وطء بشبهة .

٤ ــ لا نفقة للمعتدة من وفاة ولو كانت حاملا لأن الزوجية انتهت بالوفاة والمال أصبح للورثة . وقيل لها النفقة إذا توفي عنها زوجها وهي حامل .

٥ ـ إذا كانت الزوجة معتدة من فرقة كانت هي السبب فيها بمعصية كالردة مثلا ففي هذه الحالة لا تستحق الزوجة نفقة العدة ولكن يجب لها السكنى فقط .

وإذا خرجت الزوجة من بيت العدة اعتبرت ناشزة تسقط نفقة عدتها ما دامت خارج منزلها فإذا عادت إلى العدة تعود النفقة لها .

ويراعى في تقدير نفقة العدة حال الزوج يسرا أو عسرا أي يخضع ذلك كله لما تخضع إليه النفقة الزوجية حال قيام الزواج بين الزوجين .

ماذهب إليه مشروع القانون :

م ١٦٨ :

تجب النفقة للمعتدة من طلاق أو فسخ ولو كان بسبب من جهتها إلا في حالة بقائها على الشرك مع إسلام الزوج ولذلك بدون إخلال بأحكام الخلع والتطليق .

يلاحظ أن المشرع أعطى للمعتدة حق النفقة ولو كان الطلاق بناء على طلبها في حالة تفريق القاضي أما لو كان سبب الطلاق من جهتها وكان معصية كالردة أو بقاؤها على الشرك في حال إسلام زوجها فإن نفقة عدتها تسقط . أما لو بقيت كتابية فالزواج مستمر بين الزوجين فيما لو أسلم الزوج الكتابي .

وقد راعى مشروع القانون حالات إنفاق الزوج على زوجته على نفقة العدة أو الإبراء منها كما في حال المخالعة .

م ١٦٩ :

أ ـ تقدر نفقة المعتدة بحسب حال الرجل يسرا أو عسرا ، وتعتبر دينا في ذمته لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ب ـ ولا تستحق نفقة عدة لأكثر من سنة شمسية .

أي أن دين نفقة العدة جزء من النفقة الزوجية فلا يسقط إلا بدفعه للزوجة أو أن تقوم الزوجة بإبراء زوجها منه .

وبما أن أقصى فترة للعدة هي سنة لممتدة الطهر كما أن أكثر فترة للحمل إذا كانت حاملا هي سنة أيضا فإن القانون حدد أقصى فترة تستحق فيها المعتدة النفقة هي سنة شمسية .

القسم الثاني
حقوق الأولاد

إن أهم حق في الوجود هو حق الحياة الذي يستلزم عدة واجبات على المجتمع والأسرة كرم الله بها الإنسان جنينا وطفلا ورضيعا ومحضونا وراشدا وكهلا بحيث تشمل الكائن الحي قبل ولادته وإلى ما بعد وفاته .

هذه الحقوق والواجبات بعضها اعتباري وبعضها مادي تضمن حفظ الإنسان وتأمين ما يحتاج إليه من رعاية وتكريم تنفيذا لقوله تعالى : ﴿ **ولقد كرّمنا بني آدم** ﴾ .

هذا التكريم القرآني للإنسان تبدو لنا بعض جوانبه في شرح البحوث التالية :

١ ــ حق النسب .
٢ ــ حق الرضاع .
٣ ــ حق الحضانة .
٤ ــ حق الولاية .
٥ ــ حق النفقة .
٦ ــ حق الميراث .

البَابُ الأوّل

حقُّ النَّسَب

الفصل الأول : ثبوت النسب بالزواج .
الفصل الثاني : ثبوت النسب بالإقرار .
الفصل الثالث : ثبوت النسب بالبينة .
الفصل الرابع : نفي النسب .
الفصل الخامس : تحريم التبني في الإسلام وحقوق مجهول النسب .
الفصل السادس : أحكام النسب في مشروع قانون الأحوال الشخصية في دولة الأمارات العربية المتحدة .

الفصل الأول
ثبوت النسب بالزواج

من أهم حالات ثبوت النسب وأكثرها ، النسب الناشىء عن عقد الزواج بين الزوجين لأنه الأصل في جميع الأدلة التي ينتمي بواسطتها الابن لأبيه ويلتزم كل منهما بواجباته نحو الآخر ، ومتى ثبت نسب الولد من أبيه بواسطة الزواج لم يعد هناك حاجة إلى إثبات النسب عن طريق الإقرار أو طريق البينة .

ويعبر الفقهاء عن ثبوت النسب بالزواج بقولهم : ثبوت النسب بالفراش وذلك اعتمادا على حديث رسول الله ﷺ حيث يقول : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »[1] .

ولفظ الفراش في هذا الحديث كناية عن الزواج ، يفسره حديث آخر روي برواية أخرى : الولد لصاحب الفراش[2] .

وسنبحث أحكام ثبوت النسب بعقد الزوجين في فرعين :

الفرع الأول : ثبوت النسب أثناء الحياة الزوجية .

الفرع الثاني : ثبوت النسب بعد الفرقة أو الوفاة .

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٩ سنن أبي داوود ج ١ ص ٥٢٨ .

(٢) وقد فسر بعض العلماء الفراش بالعقد وأما لفظ الحجر فهو كناية عن الخيبة والخسران لأنه لا نسب للولد يلحق به وقد عبر الرسول عليه السلام عن ذلك بإسلوب العرب وتعبيراتهم بقولهم « لهم الحجر » .

وقد يفسر قوله : للعاهر الحجر أي للزاني الرجم عقوبة عما أقدم عليه من فعل الزنا أكبر جريمة في حياة المجتمع تهدد الأسرة بالضياع والدمار . راجع تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٤٣ .

الفرع الأول
ثبوت النسب خلال الحياة الزوجية

لابد لمعرفة ثبوت النسب أثناءا الحياة الزوجية من معرفة أمرين : مدة الحمل ونوع الزواج الذي حصل به هذا الحمل .

المبحث الأول
مـــدة الحمـــل

أولا : أقل مدة الحمل :

لا خلاف بين الفقهاء على أن أقل مدة يثبت فيها النسب أي أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ، ودليل ذلك آيتان كريمتان :

أ ـ قوله تعالى في سورة الأحقاف :[1] ﴿ **ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً** ﴾ .

ب ـ وقوله تعالى : [2]﴿ **ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين** ﴾ .

فالآية الأولى ذكرت الحمل والفطام خلال سنتين ونصف السنة .

والآية الثانية ذكرت الفطام لسنتين فقط فدل هذا على أن الحمل وحده يمكن أن يكون بستة أشهر[3] .

---

(١) سورة الأحقاف آية ١٦ .

(٢) سورة لقمان آية ١٣ .

(٣) فتح القدير ج ٣ ص ٣١٠ .

ثانيا : أقصى مدة الحمل الذي يثبت به النسب :

لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة الصحيحة أي تحديد لأقصى مدة الحمل الذي يثبت به النسب ولهذا فقد كثر الاختلاف بين الفقهاء في هذا الموضوع وكل ينقل سماعا عن أقصى مدة الحمل ، ويمكن إجمال هذه الآراء بأربعة منها :

١ ــ مذهب الحنفية : ذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة الحمل هي سنتان ، لما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أن الولد لا يبقى في رحم أمه أكثر من سنتين[١]

٢ ــ مذهب الشافعية[٢] : ويرى الشافعية أن أقصى مدة الحمل هي أربع سنوات وهو مذهب الحنابلة[٣] والمشهور عند المالكية[٤] .

٣ ــ أما الظاهرية والجعفرية ورأي لدى الزيدية أن أقصى مدة الحمل هي تسعة أشهر[٥] .

٤ ــ وذهب بعض فقهاء المالكية إلى أن أقصى مدة الحمل هي سنة قمرية . وبما أن هذا الموضوع لم يرد فيه نص ويخضع لرأي الطب لهذا نرى ترك هذا الأمر لما يقرره الأطباء لا ما نص عليه الفقهاء ، والطب يقرر أن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا .

يقول العلامة الشيخ أحمد ابراهيم رحمه الله[٦]

« ولا شك أن المرجع في مثل هذا ينبغي أن يكون إلى الأطباء ، ولو ثبت عن

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٨٥٠ الجوهرة ج ٢ ص ١٦٢ .
(٢) تبيين الحقائق ج ٣ ص ٤٥ .
(٣) المغني ج ٩ ص ١١٥ .
(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠١ .
(٥) المحلى ج ١٠ ص ٣١٦ .
(٦) الأحوال الشخصية للشيخ أحمد ابراهيم ص ٣٤٦ .

الرسول ﷺ في ذلك شيء لأخذ به جمهور أئمة الشريعة ولم يركنوا إلى أقوال أفراد العامة في ذلك » .

وبما أن رأي الظاهرية يتفق مع الطب الحديث وكذلك رأي الجعفرية فالواجب الأخذ به وهذا ما دعى القوانين العربية إلى تحديد أقصى مدة للحمل سنة كاملة للاحتياط حفظا للأنساب في الحالات النادرة .

وقد ورد رأي الظاهرية في المحلى[١] ومذهب الجعفرية في اللمعة الدمشقية[٢] والمختصر النافع[٣] وشرائع الإسلام[٤] ومذهب الزيدية في البحر الزخار[٥] .

وجاء في المادة ٣٣٢ من الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية .

« أقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة أشهر وأكثرها سنة في قول لبعض أصحابنا وفي قول آخر عشرة أشهر » .

المشهور أنه لا يزيد عن تسعة أشهر شرعا .

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ٣١٧ .
(٢) اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٣٤ .
(٣) المختصر النافع ص ٢١٦ .
(٤) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ .
(٥) البحر الزخار ج ٣ ص ١٤٣ .

المبحث الثاني
صفة الزواج الذي يثبت به النسب

أولا : النسب من زواج صحيح :

إذا ولدت الزوجة أثناء قيام الحياة الزوجية وكان الزواج صحيحا ولدا لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد فلا يثبت نسب هذا الولد من زوجها لأنه جاء لأقل من ستة أشهر أقل مدة لثبوت النسب . إلا إذا أقر الزوج أنه ابنه فيثبت نسبه على أن لا يكون ابنه من زنا ، وحينئذ يحمل على أنه تزوج سرا بعقد زواج سابق قبل الزواج العلني ، وذلك ثقة بالزوج المسلم ولمصلحة الولد صيانة له من ضياع نسبه .

أما إذا جاءت به لتمام ستة أشهر أو لأكثر من تاريخ العقد الصحيح ثبت النسب من الزوج لأنها حين حملت به كانت زوجة بعقد صحيح يترتب عليه جميع آثار الزواج الصحيح ومن أهمها ثبوت النسب .

هل يكفي العقد لثبوت النسب ؟ :

لدينا في الفقه الإسلامي ثلاثة آراء في الموضوع :

١ ــ رأي الإمام أبي حنيفة أن العقد وحده سبب كاف لثبوت نسب الولد إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد وقد غالى الإمام أبو حنيفة رحمه الله في رأيه هذا تمسكا بالحديث : « الولد للفراش » أي أن مجرد إثبات عقد الزواج ومضي مدة أقل الحمل بعد تاريخه فإن النسب يثبت صحيحا لأنه من آثار الزواج دون حاجة لإثبات الدخول بين الزوجين حتى ولا إمكانية الدخول وذلك حملا على الصلاح والتقوى وحسن السمعة وحرصا على مصلحة الولد والأسرة بثبوت النسب[1] ولإبعاد تهمة الزنا التي يندر وجودها في المجتمع

(١) الأحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعي ص ٢٨٤ .

المسلم المتمسك بقيمه ومبادئه .

على أن أبا حنيفة يرى مع هذا إذا استحال الإنجاب فلا يثبت النسب ، كما لوجاءت الزوجة بولد وكان زوجها دون سن البلوغ أو كان عاجزا لا يمكنه التناسل فالولد لا يلحق بأبيه [1].

٢ ــ وذهب الشافعية[2] والمالكية[3] ورواية عن الإمام أحمد[4] إلى أن العقد وإن كان سببا لثبوت النسب غير أنه لابد فيه من الدخول ، لأن العقد وحده لا يكفي ، فإذا عقد الزوج على زوجته وكان الدخول ممكنا بأن كانا في بلد واحد مثلا فإن نسب الولد يلحق بأبيه وأمه إن جاء لمدة ستة أشهر من تاريخ العقد .

وإذا تم العقد بين زوجين غائبين أو بالوكالةفإن هذا العقد يكون سببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة شرعا إذا كان الاتصال بين الزوجين ممكنا بأنا كانا يتلاقيان أو كانا في بلدة واحدة مثلا بحيث يتمكن الزوج من الاتصال بزوجته ، أما إن استحال التلاقي بأن كانا بعيدين عن بعضهما كل في بلد بحيث لا يمكن تلاقيهما فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه .

٣ ــ وقال ابن تيمية أن العقد لا يكفي لإثبات النسب كما ذهب أبو حنيفة وكذلك فإن إمكانية الدخول أيضا لا يكفي كما ذهب جمهور الفقهاء بل يشترط إضافة إلى العقد تحقق الدخول[5] . وهذه رواية عن الإمام أحمد اختارها ابن تيمية وابن القيم الجوزية ، وإلى هذا الرأي ذهب بعض فقهاء الزيدية من الشيعة[6]

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٧١ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ١٣٠ فتاوي ابن حجر ج ٤ ص ٢٠١
(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠٢ .
(٤) كشاف القناع ج ٣ ص ٢٥٤ .
(٥) زاد المعاد ج ٤ ص ٢٢٦ .
(٦) البحر الزخار ج ٣ ص ١٤٢

خلافا للإمام الشوكاني الذي اختار رأي جمهور الفقهاء في هذا الموضوع[1] .

على أنه لابد أن نشير إلى أمر هام وهو أن العقد والدخول على فرض تحققه أو إمكانية حصوله هل يكفي ذلك لثبوت النسب ؟ .

قد يكون الزوج صغيرا مثلا لا يولد لمثله وتم العقد صحيحا وجاءت زوجته بولد ضمن فترة الحمل المقررةشرعا ، فهذا لا يثبت نسبه من أبيه لاستحالة أن يولد لصبي دون البلوغ ولدا ، ولأن ذلك يعتبر قرينة قاطعة على أن الولد ليس من هذا الأب[2] .

على أن هذا الأمر وإن كان نادر الحصول في عصرنا هذا بعد أن حددت القوانين سن الزواج غير أنه لابد من بيان حكمه لأن للقاضي أن يأذن للصغير الذي تجاوز الخامسة عشرة بالزواج ، كما له أن يسجل عقدا تم دون السن القانوني للزواج إذا حصل حمل وجاءت الزوجة بولد وذلك رعاية لحق الولد في النسب .

ولكن من الأمور التي يمكن أن تثار هنا لو أن شخصا كبير السن عقيم أو مصاب بمرض جنسي يمنعه من الاتصال بزوجته مثلا أو يستحيل عليه ذلك ، فهذا لا يثبت نسب ولد إليه إذا جاءت به زوجته خلال المدة المقررة للحمل .

ولهذا يمكن القول بأنه يشترط لثبوت النسب فضلا عن العقد والدخول إمكانية التناسل أي يولد لمثل هذا الزوج ولد ، والأمر في هذا للطب الذي يقرر قدرة الزوج على الأنسال أو استحالة ذلك ، لأنه لا خلاف لدى الفقهاء على أن الشرط الأساسي لثبوت النسب هو أن يولد لمثل هذا الولد لمثل من ينسب إليه عرفا ، وأذا

---

(١) وجاء في كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للإمام الشوكاني في الجزء الثاني من الصفحة ٣٣٠ طبعة ١٩٧١ : « قد أفرط من قال : أنه لا يعتبر إمكان الوطء وأن العقد بمجرده يكفي فإن هذا إثبات للفراش بما لا يصدق عليه اسم الفراش لا لغة ولا شرعا ، وأفرط من قال أنه لابد من العلم بالدخول فإن معرفة هذا متعسرة جدا فاعتباره يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب ، فالتوسط بين الأفراط والتفريط هو الحق .

(٢) الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٨٨ .

كان فقهاؤنا قد ضربوا مثلا فارق السن بين الأب والولد، فليس هذا على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل فالعقم المحقق في رأينا يعتبر كفارق السن في هذا الموضوع .

ثانيا : ثبوت النسب من زواج فاسد :

من المقرر في بحث شروط صحة الزواج أن عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط صحته أصبح فاسدا على الرأي الذي يفرق بين الباطل والفاسد في النكاح .

وكذلك فإن عقد الزواج الفاسد قبل الدخول هو والباطل سواء أما بعد الدخول فتثبت له بعض الآثار ومنها ثبوت النسب مع وجوب التفريق بين الزوجين وذلك لمصلحة الولد خشية ضياع نسبه .

والفرق بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد كالزواج بدون شهود من حيث النسب أن الزواج يثبت فيه النسب إذا جاءت الزوجة بولد بعد مضي ستة أشهر من تاريخ العقد أما في الزواج الفاسد فلا يثبت النسب إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ الدخول على ما ذهب إليه الإمام محمد وهو القول المفتي به لدى الأحناف[١] .

وقال جمهور الفقهاء الشافعية[٢] والحنابلة[٣] والمالكية[٤] والزيدية[٥] والإمام أبو حنيفة وأبو يوسف[٦] :

يثبت النسب إذا جاءت بولد لستة أشهر من تاريخ العقد قياسا على الزواج

---

(١) الهداية ج ١ ص ١٥٣ .
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٦٥ .
(٣) الفروع لمحمد بن مفلح الحنبلي مع حاشية تصحيح الفروع للمقدسي ج ٣ ص ٢٩٤
(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٣٣ .
(٥) البحر الزخار ج ٣ ص ١٤٣ .
(٦) البحر الرائق ج ٣ ص ١٧١ .

الصحيح (١). وإن كنا نرجح رأي الإمام محمد وهو المعمول به في المذهب الحنفي لأن عقد الزواج الفاسد لا أثر له قبل الدخول فكيف نرتب له حكم النسب اعتبارا من تاريخ العقد الذي لم يعترف الشارع به إلا بعدالدخول (٢).

هذا فيما يتعلق بأقل فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد . أما أقصى فترة الحمل فلا خلاف أنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين ، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي هذه الفترة اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه .

ثالثا : ثبوت النسب بعد الدخول بشبهة :

إذا دخل رجل على امرأة بشبهة ثم ولدت له ولدا فهل يثبت نسبه من أبيه إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول ؟

إن الشبهة في عقد الزواج تبدو بأشكال مختلفة :

١ ـ شبهة في الحكم :

كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج ونشأ عن هذا الجهل دخول بامرأة ، والمثال على ذلك : رجل طلق زوجته بلفظ من ألفاظ الكناية ، والطلاق بهذه الألفاظ طلاق بائن عند الحنفية ويترتب عليه عدم حل الزوج لزوجته المطلقة أثناء العدة ، ولكن هذا الزوج ظن أن طلاقه طلاق رجعي لا بائن يجوز له الاتصال بزوجته أثناء العدة الرجعية لأن الفعل كالقول عند الحنفية يثبت في كل منهما المراجعة للزوجة المعتدة رجعيا .

---

(١) الهداية ج ١ ص ١٥٣ .

(٢) ومع ذلك كله فإن الفقهاء المتأخرين من الأحناف قالوا إن رأي محمد ولو كان الرأي المفتي به ولكنه غير ملزم لأن الأحكام تتغير بتغير الأزمان فيما يفتى به في عصر قد لا يفتى به في عصر آخر .
وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته ج ٢ ص ٦٢٣ : « ولا يخفى أن النسب حيث كان يحتاط في إثباته فالاعتبار بوقت العقد به أمس » .

فإذا اتصل الزوج الذي طلق زوجته بلفظ كنائي بزوجته أثناء عدتها وحملت نتيجة لذلك فإن نسب هذا الولد يلحق بأبويه[1] .

٢ ـ شبهة في العقد :

وذلك إذا عقد على امرأة وبعد الدخول تبين له أنها من المحرمات عليه بسبب الرضاع المحرم بينهما ، فإذا حصل حمل أو ولادة قبل علمه بسبب التحريم فإن نسب هذا الولد يثبت صحيحا[2] .

٣ ـ شبهة في الفعل :

وتكون كما لو دخل شخص على امرأة ظنا منه أنها زوجته ، ثم تبين له أنها غير زوجته ، فإذا جاءت بولد هل يلحق نسبه بهذا الرجل أم لا ؟ .

إن أكثر حالات الشبهة في الفعل لا يثبت بها نسب لدى الفقهاء لأنها ضعيفة لا تقوى أن تكون في مرتبة شبهة الحكم أو العقد[3] . ولكن يثبت النسب بالإقرار .

وللفقهاء بشكل عام آراء كثيرةحول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة ، ففي بعضها أثبتوا النسب وفي بعضها الآخر لم يثبتوه ومرد ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد أو كالباطل وما ينشأ عنه من آثار أخرى غير النسب

---

(١) راجع بحث الطلاق بلفظ الكناية في هذا الكتاب حيث ذكرنا أن بعض المذاهب تعتبر الطلاق بلفظ الكناية لغوا من القول كما أن الشافعية والزيدية ذهبوا إلى أن الطلاق بلفظ الكناية طلاق رجعي لا بائن .

(٢) أما إذا كان يعلم بالتحريم فإن العقد باطل ولا يثبت به نسب عند جمهور الفقهاء وبهذا أخذ الإمامان أبو يوسف ومحمد من الحنفية .

(٣) راجع في هذا الموضوع : المبسوط للسرخسي ج ٥ ص ٨٥ ، البدائع ج ٧ ص ٣٥ تبين الحقائق ج ٣ ص ١٨٠ .
ومن البحوث الحديثة : الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبو زهرة ص ١٤٤ والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زيد الأبياني ج ٢ ص ١٦

سواء من حيث العقوبة أو من حيث الأحكام كالعدة والمهر وحرمة المصاهرة وغير ذلك[1] .

---

(١) إن فساد النكاح يكون لعدم الحل أو لعدم الشهود . وإن النكاح بلا شهود يثبت به النسب بالاتفاق ، ويمحي وصف الزنا ويسقط الحد ويثبت المهر وكذلك العدة وحرمة المصاهرة إذا تم بالدخول ، أما قبل الدخول فالفاسد والباطل سواء .

أما الفساد لعدم الحل في نكاح المحرمات فيفرق بين حالتين :

١ ـ الحرمة المؤقتة ، (ويخرج منها زواج من في عصمة الغير إذا علم بذلك ، وزواج المسلمة بغير المسلم) ، وهذه الحرمة تأخذ الحكم السابق في النكاح بلا شهود .

٢ ـ وأما الحرمة المؤبدة ـ ومعها الحالتان المذكورتان في الحرمة المؤقتة ، زواج زوجة الغير وزواج المسلمة بغير المسلم ـ فالحكم فيها أنه إن كان يجهل التحريم ، يسقط الحد ويثبت المهر ولا يمحي وصف الزنى ولا تثبت العدة والنسب فيه خلاف رجح الكمال ابن الهمام عدم ثبوته ، كمن تزوج أخته من الرضاعة وهو لا يعلم ذلك .

وإن كان لا يجهل التحريم : قال الصاحبان أنه لا شبهة قط (لأنه يعتبر باطلا) وبهذا قال جمهور الفقهاء .

وقال أبو حنيفة : تثبت شبهة العقد ويسقط الحد ويثبت المهر . ولا يمحي وصف الزنا ، وفي ثبوت النسب خلاف قال ابن الهمام لا يثبت . والذي أراه في هذا الموضوع :

١ ـ التفرقة بين فساد العقد كما في الحالة الأولى في الزواج بلا شهود وبين بطلان العقد كما في الحالات التالية :

وقد أوضحت رأيي في كتابي أحكام الزواج بين الفساد والبطلان .

٢ ـ أرى أن يحمل الجهل بالتحريم على الجهل بالقرابة لا الجهل بحكم التحريم فمن تزوج عمته أو خالته وهو لا يعلم أية قرابة بينه وبينها هذا هو الذي يجهل التحريم لا من يعلم أنها عمته ولكن لا يدري أنها محرمة عليه لأنه لا جهل بأحكام الإسلام بالنسبة للمسلم .

راجع رأي الحنابلة مفصلا في هذا الموضوع في كتاب المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٢٥ .

راجع الأحوال الشخصية للدكتور عبدالعزيز عامر وما نقله عن أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله ص ٨٨ .

الفرع الثانـي
ثبوت النسب خلال العـدة

يثبت نسب الولد من أبيه إذا مات الأب والطفل جنين في بطن أمه ، وكذلك إذا طلق الزوج زوجته فولدت له ولدا أثناء العدة أو بعد انتهائها خلال فترة الحمل .

إن الزوجة المطلقة أو المتوفي عنها زوجها بعد الدخول إذا جاءت بولد خلال مدة الحمل اعتبارا من يوم الطلاق أو الوفاة فإن نسب الولد يثبت من الزوج ، وبالولادة تنتهي عدة الزوجة المتوفي عنها زوجها كما تنتهي عدة المطلقة سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا ويحمل الأمر على أن الحمل وقع أثناء قيام الحياة الزوجية قبل الطلاق أو الوفاة .

أما إذا جاءت بالولد بعض مضي أكثر مدة الحمل اعتبارا من تاريخ الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسب الولد إذا كان الطلاق بائنا أو كانت الفرقة أثر الوفاة لأن الشارع حدد مدة معينة لأقصى فترة الحمل فإذا جاء الولد بعدها فلا يثبت نسبه .

إلا أنه في مثل هذه الحالة يثبت نسبه إذا أقر به الأب في الطلاق البائن أو أقر به الورثة أثر وفاة الأب ويعتبر النسب حينئذ بالإقرار لا بالزواج[1] .

وأما إن كان الطلاق رجعيا وجاء الولد بعد مضي فترة أقصى الحمل اعتبارا من تاريخ الطلاق ، فإن نسب الولد يثبت من أبيه ويحمل الأمر هنا على أن الزوج اتصل بزوجته في فترة العدة فحصل الحمل بعد بداية العدة بشهر أو شهرين مثلا وبهذا لا يمكننا اعتبار أقصى فترة الحمل من تاريخ الطلاق بل تعتبر حينئذ من تاريخ

---

(١) الاختيار ج ٢ ص ٢٣٩ .

اتصال الزوج بزوجته ويقال في هذه الحالة أن الزوج جامع زوجته أثناء العدة الرجعية واعتبر هذا الاتصال مراجعة فعلا لأن مراجعة الزوج زوجته أثناء العدة الـرجعية تصح بالقول كما تصح بالفعل لدى الحنفية . وهذا هو الفرق بين الطلاق البائن(1) والفرقة أثر الوفاة وبين الطلاق الرجعي في ثبوت النسب . أي أن فترة أقصى مدة للحمل تحسب من آخر يوم في عدة الطلاق الرجعي خلافا للبائن .

هذه هي أحكام المطلقة بائنا أو رجعيا والتي توفي عنها زوجها فيما يتعلق بثبوت النسب إذا لم تصرح بانتهاء عدتها لأن العدة من الأمور التي لا تعرف إلا من جهة المرأة غالبا لتعلقها بانقضاء ثلاث حيضات أو ثلاثة أطهار على الإطلاق إذا لم تكن من ذوات الطهر الممتد أو من الآيسات اللاتي لم يرين الحيض بعد لمرض أو لصغر .

أما إذا صرحت الزوجة بانقضاء عدتها :

إذا أقرت الزوجة المطلقة رجعيا أو المتوفي عنها زوجها بانقضاء عدتها في مدة تحتمل تصديقها فيعتبر إقرارها صحيحا فإذا جاءت بولد بعـد مضي ستة أشهر من وقت إقرارها بذلك فلا يعتبر نسب الولد من أبيه لأن الزوجة قد تلد خلال مضي ستة أشهر بعد انتهاء العدة وتحمل من زوج آخر طالما أن الشارع اعتبر أقل مدة الحمل ستة أشهر ، فالظاهر هنا أنها حملت بهذا الولد بعد انتهاء العدة أي بعد إقرارها بانتهاء العدة فلا يثبت النسب .

وإذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فيثبت نسب الولد من أبيه إذا كانت الفترة بين يوم الفرقة ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل ويعتبر إقرارها السابق غير صحيح لثبوت كذبها حينما ادعت انتهاء العدة بينما أنها لا تزال معتدة بدليل ولادتها لأقل من ستة أشهر وثبت كذب ادعائها بانتهاء عدتها بيقين لأنها كانت حاملا حينئذ .

---

(1) الجوهرة ج ٢ ص ١٦٢ .

وإن كانت المدة بين يوم الفرقة ووضع الحمل أكثر من مدة أقصى الحمل وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ إقرارها بانتهاء العدة فلا يثبت النسب إلا إذا كان الطلاق رجعيا[1] .

هذه أحكام ثبوت النسب بالنسبة للمعتدات من النساء .

أما المطلقة قبل الدخول فلا عدة عليها ، ولذلك فلا يثبت نسب ولد أتت به إلا إذا ثبت يقينا أنه من الزوج وهو أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق وحينئذ تتأكد أنها حملت به من مطلقها على أن تكون الولادة بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد ، ويحمل هذا على أن المطلق قد باشر زوجته دون أن يشهر أمام الناس يوم زفافه ودخوله بزوجته[2] .

---

(١) راجع في هذا البحث تبيين الحقائق ج ٣ ص ٤٤ رد المحتار ج ٢ ص ٨٦٢ . وراجع أيضا في فقه الحنابلة : المغني ج ٩ ص ٥٥ وكشاف القناع ج ٣ ص ٢٥٤ وفي فقه الشافعية : المهذب ج ٢ ص ١٣٢ .

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٣٠١ .

الفصل الثاني
ثبوت النسب بالإقــرار

يقول الفقهاء أن الإقرار حجة قاصرة ومعنى ذلك أن أثر الإقرار لا يتجاوز المقر من أحكام ، ولهذا كان للإقرار آثاره بالنسبة للنسب على المقر فقط دون غيره .

وفي الإقرار بالنسب إما أن يكون الإقرار على نفس المقر كما لو قال : هـذا ولدي ، وإما أن يكون الإقرار بنسب محمول على الغير : كما لو قال : هذا أخي .

أولا : شروط الإقرار بنسب محمول على نفس المقر :

١ ــ أن يولد للمقر ولد مثل المقر له كيلا يكون مكذبا بإقراره بحيث يكون فرق السن بينهما يجيز ذلك أما لو كان فارق السن بينهما لا يجيز مثل هذه الولادة فلا يصح الإقرار .
وهذا الشرط ضروري لعدم مخالفة الإقرار الواقع لأن أي إقرار إذا خالفه الواقع كان كاذبا فإذا أقر شخص عمره ثلاثون سنـة مثلا ببنـوة آخر عمـره أربعون فالواقع يكذب إقرار الرجل .

٢ ــ أن يكون المقر له مجهول النسب أي لا يكون نسب الولد ثابتا من غير المقر لأن النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته .
وكذلك يشترط أن لا يكون هناك من ينازع المقر بدعوى نسب هذا الولد[1] .
ويلحق بالولد ثابت النسب الولد المنفي باللعان لاحتمال رجوع الأب عن رأيه وتكذيبه نفسه فيثبت نسب الولد لأبيه حينئذ .

---

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ١١٤ .

٣ ــ أن يصدق المقر له بالنسب المقر بهذا الإقرار إلا إذا كان الولد صغيراً غير مميز أو فاقد الأهلية كالمجنون بحيث لا تعتبر أقواله . أما إذا كان الولد في سن البلوغ مثلا وكذب المقر له بما ادعاه كان الإدعاء بالنسب باطلا .

٤ ــ عدم ادعاء المقر أن هذا الولد ابنه من زنى ، وذلك لأن الزنا لا يصلح سببا من أسباب النسب لقوله عليه السلام : « الولد للفراش » وكذلك لا يثبت نسب هذا الولد إذا ادعى المقر أنه تبناه لأن التبني في الإسلام محرم أيضا .

وقال فقهاء الحنفية يصح النسب دون بيان سببه كما لو سكت المقر دون أن يذكر صراحة شيئا عن سبب العلاقة بينه وبين أم الولد . ويحمل حينئذ على أن السبب شرعي صحيح حتى ولو كان الظاهر يكذب هذا الادعاء .

غير أن هذا الموقف من فقهاء الحنفية لئن كان له بعض المبررات في الماضي وذلك حملا للرجل على الصلاح وإنقاذا لنسب الطفل ، لم يعد له في رأينا أي مبرر بعد أن تغيرت الدوافع لهذا التساهل وأصبح الغالب أن وجود مثل هذه الحالات لا يكون لها أي سند شرعي لأن الحكم يبنى على الشائع لا على النادر ، ففي الماضي كان الصلاح والتقوى أصلا من أصول الحياة الاجتماعية ولذلك حمل الفقهاء ادعاء الرجل ببنوة ولد على أنه قد تزوج سرا في يوم ما من أم الولد ، ولأمر ما كتم هذا الموضوع ، أما الآن فإن الأمر قد اختلف وأصبح الغالب هو عدم التقوى فتعين الاحتياط بثبوت الأنساب وعدم الاكتفاء بعدم ذكر سبب النسب في دعوى الإقرار به .

وهذا ما ذهب إليه المالكية إذا قالوا إذا كان الظاهر يكذب إقرار الرجل فلا يثبت النسب ، وإننا ندعو للأخذ بهذا المذهب إذ ليس من المنطق ولا من المعقول بشيء أن يدعي شخص بنوة مجهول النسب لم يثبت أي لقاء بينه وبين أم هذا الولد بدعوى أنه لم يذكر سببا للصلة الزوجية ويقبل إقراره .

وعلى الرغم من أن مرجع القاضي فيما لا نص فيه هو المذهب الحنفي في كل

من مصر وسوريا فقد ذهبت بعض المحاكم المصرية إلى رأي المالكية : بأن الشخص إذا أقر بأنهعاشر امرأة معاشرة غير شرعية وأنه أنجب منها ولدا نتيجة لذلك لم يقبل إقراره بهذا الولد مالم يقر لاحقا سببا صحيحا للنسب من زواج أو شبهة زواج لأن الظاهر يكذب إقراره بالنسب .

٤ ـ ويترتب على ثبوت النسب بالإقرار الأحكام التالية :

أ ـ إذا صح إقرار شخص بنسب ولد ما فقد أصبح ولده شرعا تنشأ له جميع حقوق الأولاد لأنه لم يلحقه على أساس غير شرعي بل كان الإقرار صحيحا والنسب لازما وجميع آثار النسب الصحيح تترتب لهذا الولد على أبيه .

ب ـ وكذلك تجب جميع الواجبات التي تترتب على الأولاد نحو أبيهم عل هذا المقر له كما لو كان المقر فقيرا يحتاج إلى نفقة أو احتاج في يوم ما فنفقة الأب على ابنه ولهذا يجب على المقر له أن ينفق على أبيه النفقة المقدرة شرعا .

جـ ـ إذا أقر شخص لصبي غير مميز أنه ابنه وثبت نسبه بذلك فلا يصح تكذيبه من الصغير إذا بلغ سن الرشد كما لو قال هذا ليس أبي لأن النسب متى صح فلا ينفك عن صاحبه بالرجوع عنه أبدا إذا النسب الثابت لا يقبل الإبطال من الأب ولا من الإبن(١).

والخلاصة : إذاتوافرت شروط الإقرار فإن نسب الولد يثبت من أبيه ولو كان الأب مريضا مرض موت فيرث الولد المقر له كبقية الأولاد إلا إذا أقر الأب أن هذا الولد هو ابنه من الزنا فلا يثبت نسبه لأن الزنا لا يصلح سببا لثبوت النسب .

إثبات الإقـرار :

لم يشترط فقهاؤنا لصحة الإقرار في النسب أن يكون أمام القاضي وفق الراجح

---

(١) المجموع ح ١٨ ص ٥٦٣ ، سبل السلام ج ٣ ص ٩١٤

في المذهب الحنفي ، فالإقرار صحيح سواء أكان في مجلس القضاء أم في غيره .

وقد ذهبت محكمة النقض السورية إلى تأييد ذلك في قرار لها[1] : « . . . لماكان تقييد الإقرار بالنسب بأن يكون إقرارا قضائيا ليس له مستند في القانون ولا عمل عليه في القضاء ، فيكفي ثبوت الإقرار بالنسب من الولد لولده لثبوت ذلك النسب بشروطه المبينة سواء أكان ذلك الإقرار إقرارا قضائيا في مجلس القضاء أم إقرارا غير قضائي »[2] .

ثانيا : شروط الإقرار بنسب محمول على الغير :

إذا أقر شخص بنسب محمول على الغير كما لو قال شخص لآخر أنت أخي فلا يثبت النسب بالإقرار بل لابد من البينة أو تصديق الغير وهو الأب في هذا المثال .

وفي إقرار الأب ليس تحميلا للغير بالنسب لأن النسب ثبت للمقر أولا ثم تعداه لغيره بينما في نسب الأخ لم يثبت له أولا حتى يتعداه لغيره وهو الأب .

وإذا أقر شخص بنسب محمول على غيره ولم يصدقه بقية الورثة كما لو قال إنسان لآخر أنت أخي ولم يصدقه أبوه ولا أخوته ثبتت له الحقوق التالية :

١ ـ إذا مات الأب فإن المقر له يشارك المقر بميراثه أما بقية أخوته فتبقى حصصهم

---

(١) قرار رقم ٣٦٤ أساس ٣٧١ تاريخ .

(٢) كان العمل في جمهورية مصر العربية قبل ١٩٣١ وفق الراجح في المذهب الحنفي الذي لا يشترط لصحة الإقرار بالنسب أن يكون أمام القضاء ، وحين صدرت لائحة المحاكم الشرعية عام ١٩٣١ عدلت عن المذهب الحنفي ونصت في المادة ١٢٩ : لا يقبل دعوى بالإقرار الصادر قبل قيام الحقوق أو بعدها ولا الشهادة به إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء أو كان مكتوبا وعليه إمضاء المقر وختمه أو وجدت كتابة تدل على صحته .

ولكن يبدو أن هذه المادة ألغيت بصدور القانون رقم ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ وعاد العمل إلى الراجح في المذهب الحنفي وفق المادة ٢٠٨ من اللائحة ، وقد سارت محكمة النقض المصرية على ذلك وفق ما هو مبين بقرار في مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية س ١٤ ص ١٢ نقلا عن الأحوال الشخصية للأستاذ الحسيني ص ٨٤ .

وراجع كتاب طرق القضاء للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم ص ٦١ وما بعدها .

الإرثية كما كانت لأنهم لم يعترفوا بهذا الإقرار كما أن مورثهم لم يصادق على هذا النسب(١) .

٢ ـ يستحق المقر له النفقة من المقر إذا احتاج إليها وتوافرت أسبابها بالنسبة إليه وإلى المقر .

٣ ـ إذا مات المقر دون وارث استحق المقر له تركته(٢) .

أما إذا وافق جميع الورثة على دعوى النسب فيثبت نسب المقر له بعد وفاة الأب على أن يكون ذلك إجماعا منهم ، أما إن أنكر بعضهم فلا يصح النسب بل تثبت الآثار المالية بالنسبة للميراث لمن وافق على إقراره من الورثة .

وذلك أن الإقرار بالنسب المحمول على الغير يتضمن أمرين اثنين ، النسب والمال ، فالنسب إذا لم تتوافر شروطه كاملة لا يصح ، وأما بالنسبة للمال فهو إقرار يسري على المقر ولا يسري على سواه لأنه حجة قاصرة وليست بمتعدية(٣) .

إقـرار الزوجة :

إذا أقرت زوجة ببنوة ولد فإن كانت غير ذات زوج كما لو كان زوجها متوفيا فإن نسب الولد إليها صحيح إذا توافرت في ذلك شروط الإقرار على النفس لأن الزوجة

---

(١) ذكر ابن قدامة في المنغي ج ٥ ص ١٩٨ أن أحد الورثة إذا أقر بوارث ثالث مشارك لهما في الميراث ، لم يثبت النسب بالإجماع ، لأن النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر ولا يمكن إثباته في حقهما لأن أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ، ولكن يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم . وقال الشافعي لا يشاركه وحكى ذلك عن ابن سيرين وقال ابراهيم ليس بشيء حتى يقروا جميعاً لأنه لم يثبت نسبه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب .
ولنا إن أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه فلزمه المال ، كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر ، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم ببطلانه ولأنه يقر له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به لو أقر بدين على أبيه أو أقر له وصية فأنكر سائر الورثة .

(٢) الفتاوي الحامدية ج ٢ ص ١٥ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ٢٣١ .

في جميع الحالات ينسب الولد إليها ولو كان ولد زنا .

أما إذا كانت متزوجة فلا يثبت نسب الولد إلى الزوج إلا إذا أقر به أيضا وفي هذه الحال يصبح الولد بنسبه ولدا شرعيا بشرط أن لا يقر الأب أن هذا الولد من زنا لأن ولد الزنا لا يثبت نسبه من أبيه بخلاف الأم .

وإذا أنكر الأب هذا الولد فلا مجال لإثباته إلا بالبينـة الكاملة أي لا يكفي الإقرار فتلجأ الزوجة إلى الشهادة بواسطة القابلة أو غيرها لإثبات الزوجية القائمة بينهما ثم لإثبات ولادة الأم هذا الطفل .

وسبب هذا أي الحاجة إلى البينة وعدم الاكتفاء بالإقرار أن الأم في هذه الحالة تحمل الغير نسب ولد وتحميل الغير لنسب الولد لا يكون إلا بتصديق هذا الغير وهو الأب وإلا فالبينة .

الفصل الثالث
ثبوت النسب بالبينة

إذا لم يثبت نسب الولد بالفراش أي بالعقد الصحيح أو بالإقرار بحيث لم تتوافر شروطه فمن الجائز إثبات النسب بالبينة ، كما لو ادعت الزوجة الولادة وأنكرها الزوج أو صادقها على الولادة ولكنه أنكر أن ما ولدته هو هذا الطفل الذي تدعي ولادته ففي هاتين الحالتين يصح إثبات النسب من ولادة أو تعيين الولد بالشهادة ذلك أن تشهد امرأة مسلمة معروفة بالعدالة بهذه الولادة أو بتعيين الولد لأن شهادة النساء صحيحة فيما لا يطلع عليه الرجال . وكذلك تصح شهادة الرجل كالطبيب المولد في عصرنا الحاضر .

وقد روي عن الزهري أنه قال : قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن[١] .

وتجوز في النسب الشهادة بالشهرة والتسامع وهذا ما يجري عليه الفقهاء والقضاء فإذا رأى شخص رجلا وامرأة يسكنان بيتا واحدا ويعاشر كل منهما الآخر معاشرة الأزواج جاز له أن يشهد بأنها امرأته[٢] .

وتقبل البينة على الزواج إذا كان مشهورا ويترتب على إثباته جميع حقوق الزوجية ولو لم يعرف العقد ولا تاريخه[٣] وإذا أقر شخص بأن فلانة أمه عن غير طريق الزنا وصدقته الأم ثبت نسبه منها أما إذا لم تصدق في إقراره فيستطيع الولد إثبات نسبه

(١) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للشيخ أحمد ابراهيم ص ١٢٤ .
(٢) المحاماة الشرعية السنة ١٢ الأعداد ٤ ـ ٦ ص ٨١ .
(٣) محكمة المنيا الشرعية بمصر . المحاماة الشرعية السنة ١٠ العدد ٢ ص ١٧١ .

بالبينة الكاملة وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وإن عجز الولد عن إثبات دعواه بالشهادة لجأ إلى اليمين فإن حلفت الأم بأن المقر ليس ابنا لها بطل الإقرار ولم يثبت النسب أما إن نكلت عن حلف اليمين ثبت نسب المقر منها .

ويعتبر النسب بالبينة أقوى من النسب بالإقرار فإذا أقر شخص ببنوة ولد مثلا وتوافرت شروط الإقرار فإن نسب الولد يلحق بالمقر إلا أنه إذا جاء شخص آخر وأقام البينة الكاملة على أن هذا الولد المقر له هو ولده فيقضي له به لأن ثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بالإقرار .

وإذا تنازع نسب ولد أكثر من شخص فادعى كل منهم أنه ابنه فهو ابن من يقيم البينة الكاملة على دعواه .

وقد نص فقهاء الحنفية[1] أنه لو تنازع شخصان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم نسب ولد فادعى المسلم أن هذا الولد هو عبده وادعى غير المسلم أنه ابنه وأقام كل منهما البينة على دعواه يقضي به لغير المسلم ويكون حرا لأن شرف الحرية لا يقدر بثمن وفي هذا يرتفع الإسلام بتكريم الإنسان إلى أعلى مراتب التحرر الفكري والوجداني مما لم تصل إليه أرقى الدول المعاصرة في وقتنا الحاضر[2] .

---

(١) فتح القدير ج ٦ ص ٢٧٣ .

(٢) لم يبق رقيق في عصرنا الحاضر وقد أوردت هذا المثال لا لبيان حكم الارقاء بل للتأكيد على معنى الحرية التي جاء بها الإسلام قبل خمسة عشر قرنا من الزمن .

الفصل الرابع

حالات نفي النسب

ذكرنا أن النسب يثبت بـأحد أمـور ثلاثـة : الزواج أو الإقـرار أو البينة ، وسنتكلم الآن عن حالات نفي النسب والأحكام التي تترتب على ذلك .

طرق نفي النسب الثابت بالزواج

إذا ثبت نسب الولد بالزواج مع توافر شروطه فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان .

أما إذا لم يستوف النسب بالزواج شروطه فحينئذ لا يعتبر النسب صحيحا ، كما لو ثبت عدم اللقاء بين الزوجين ، أو أثبت أحدهما استحالة إنجاب الآخر ولدا ، وحينئذ يجوز نفي نسبه لعدم تحقق شروطه .

وفي جميع هذه الحالات يجب ألا يصدر عن الزوج دلالة على الاعتراف بالنسب لأنه يشترط لنفي النسب أن يكون عقب الولادة أو خلال فترة التهنئة أو حين العلم بها وأن لا يصدر عنه أي شيء يدل على رضاه بالولد . فمثلا لو قبل التهنئة بالولد أو قام بالواجبات الاجتماعية التي يفرضها العرف على مثل هذه الولادة عادة فلا يجوز له بعدئذ أن ينكر أو ينفي نسب الولد ، لأن سكوت الأب خلال هذه الفتـرة يعتبر اعترافا بالولد ومتى ثبت النسب فلا يجوز نفيه لأنه لا يقبل الفسخ بعد ثبوته[1] .

---

(١) المغني ج ٥ ص ١٨٣ .

صور نفي النسب :

١ ـ نفي النسب عن طريق إنكار ولادة الولد :

يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته لنفي نسب الولد إذا كان لا يعلم أنها حامل قبل ولادتها ، إذ أن علمه مع سكوته بحمل زوجته لا يتيح له نفي النسب ألا إذا ادعى عدم الولادة ، وإذا عجز الزوج عن إثبات ذلك فالقول قول المرأة لأن الأصل صحة النسب بصحة الولادة ما دام عقد الزواج صحيحا وشروط النسب متوفرة[١]

ويجوز للزوجة إثبات الولادة أو تعيين المولود بشهادة القابلة أو غيرها لأن شهادة المرأة الواحدة في هذه الحالة تكفي[٢] عند الحنفية ، أما لدى المالكية فلابد من شهادة امرأتين وقال الشافعية يشترط شهادة أربع نساء .

ولا يجوز نفي الولادة بعد إقرار الزوج بها صراحة أو دلالة كما لو تقبل التهنئة بالمولود أو أحضر القابلة أو اتصل بالطبيب المولد لهذا الغرض[٣] .

وجاء في المادة ٣٣٦ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية .

إنما يصح نفي الولد في وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو في أيام التهنئة المعتادة على حسب عرف أهل البلد . وإذا كان الزوج غائبا فحالة علمه كحالة ولادتها .

---

(١) البدائع ج ٣ ص ٢٢٠ .

(٢) تبيين الحقائق ج ٣ ص ٤٣ .

(٣) إن النزاع بين الزوجين في أصل الولادة أو في تعيين المولود تكفي في إثبات كل منهما شهادة امرأة مسلمة ، لان ذلك من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء غالبا وإلا أدى عدم ذلك إلى الحرج والمشقة وهذا مذهب الحنفية .

وإن كان الخلاف بين الزوج وزوجته المعتدة ، أو بينها وبين ورثته بعد وفاته حول أصل الولادة ، فإن كانت الولادة في خلال الفترة الشرعية المحددة لها فتكفي شهادة امرأة أيضا عند الصاحبين أبي يوسف ومحمد خلافا لأبي حنيفة الذي اشترط نصاب الشهادة الكاملة

راجع الجوهرة ج ٢ ص ١٦٢ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٠٦ .

٢ ــ نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب :

إذا صحت واقعة الولادة من الزوجة وفي عقد زواج صحيح ، فلا يثبت نسب الولد إذا كان الزوج ممن لا يتصور منهم حدوث الحمل سواء أكان صغيرا مراهقا أو كان كبيرا عقيما أو مصابا بمرض جنسي يحول دون الإنسال ، ونفي النسب في مثل هذه الحالة نفي قاطع ولو أقر الزوج أن الولد ابنه لأن من شروط الإقرار بالنسب كما ذكرنا أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر ، وما دام هناك مانع من الزوج لصغر أو مرض قرر الأطباء استحالة إنساله فإن نسب الولد لا يثبت .

٣ ــ نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين :

وكذلك يستطيع الزوج أن يثبت أنه لم يلتق بزوجته منذ إنشاء العقد وقد مرت فترة سنة فأكثر ففي هذا الحالة لا نسب بين الولد والزوج لأن قوانين الأحوال الشخصية أخذت برأي الجمهور في اشتراطه لصحة النسب إمكانية اللقاء بين الزوجين على خلاف ما ذهب إليه الحنفية[١] .

٤ ــ نفي النسب لعدم مرور الفترة المحددة للحمل :

للزوج نفي الولد إذا جاءت به زوجته لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد أو لأكثر من سنة غير أنه في هذه الحالة يجوز للزوج الإقرار بنسب الولد .

ويحمل على أن هناك واقعة زواج آخر تم بينه وبين امرأته حتى جاءت بالولد ضمن المدة الشرعية المقررة للحمل .

وفي جميع الحالات لا يثبت نسب الولد إذا أقر أنه ابنه من زنا .

٥ ــ نفي النسب عن طريق اللعان :

إذا توافرت شروط النسب فإن الولد يثبت من أبيه بيقين ، ولا يصح نفيه إلا

---

(١) الاختيار ج ٢ ص ٢٣٨ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٠٦ ، رد المحتار ج ٢ ص ٨٦٠ .

بإجراء اللعان أمام القاضي في الحالات التي يجوز فيها الملاعنة بين الزوجين .

وعلى هذا يكون اللعان بين الزوج وزوجته التي جاءت بولد خلال فترة الحمل المقررة شرعا وكان الزوج ممن يتصور حدوث حمل زوجته منه وثبتت الولادة إلا أنه يشك بل يعتقد أن الولد جاء نتيجة صلة غير شرعية أو خيانة زوجية ، ولهذا أجاز الشارع لمثل هذا الزوج أن يلجأ إلى اللعان إذا تعذر عليه إثبات اتهامه لزوجته .

ولا لعان إلا في الزواج الصحيح أو في عدة الطلاق الرجعي ، أما في الزواج الفاسد فلا يصح نفي الولد باللعان .

واللعان يكون في حالتين :

١ ــ إذا قذف الزوج زوجته أي اتهمها بالزنا .

٢ ــ وفي حالة نفي نسب الولد منه.

وقد شرحنا حكم الحالة الأولى في الطلاق بحكم الشرع والقانون والآن نبين الحالة الثانية وهي نفي النسب .

إذا ادعى الزوج نفي نسب الولد عند ولادته أو بعد عشرة أيام دون أن يسبق إقرار به ، ولم يستطع إثبات دعواه أمام القاضي ، فإنه يلجأ إلى اللعان فيحلف كل من الزوجين أربع أيمان يؤكد كل منهما دعواه ، يقول الزوج أربع مرات ، أشهد بالله أني لمن الصادقين في نفي الولد ويقول في المرة الخامسة : أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به .

وتقول الزوجة أربع مرات أ شهد بالله أنه لمن الكاذبين في نفي الولد ثم تقول في المرة الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به .

وحينئذ يحكم القاضي بنفي نسب الولد من أبيه[٢] .

---

(١) راجع بحث اللعان في هذا الكتاب .

(٢) المبسوط ج ١٧ ص ١٣٥ نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٥ .

وقد جاء في المادة ٣٣٧ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية :

لا ينتفي نسب الولد في الصور الستة الآتية وإن تلاعن الزوجان وفرق القاضي بينهما :

١ ــ إذا نفاه بعد مضي الأوقات المبينة (أيام التهنئة المعتادة) .

٢ ــ إذا نفاه بعد الإقرار به صراحة أو دلالة .

٣ ــ إذا نزل الولد ميتا ثم نفاه ، أو نفاه ثم مات قبل اللعان أو بعده قبل تفريق الحاكم .

٤ ــ إذا ولدت المرأة بعد التفريق وقطع نسب الولد ولدا آخر من بطن واحد ففي هذه الصورة يلزمه الولدان ويبطل الحكم الأول .

٥ ــ إذا نفاه بعد الحكم بثبوت نسبه شرعا .

٦ ــ إذا مات الزوج أو المرأة بعد نفي الولد قبل اللعان أو بعده قبل التفريق[١] .

---

(١) ذكر الفقهاء أن الولد الذي نفي نسبه باللعان لا يعتبر مجهول النسب فلا يصح لأحد غير الملاعن أن يدعي نسبه ، وإذا ادعاه شخص آخر فلا يثبت نسبه منه . لأن هذا الولد وإن نفي نسبه تبقى له بعض الأحكام بالنسبة لمن نفاه . فمن ذلك : لا تصح شهادة أحدهما للآخر ، وإذا كان للولد ابن وللملاعن بنت من زوجة أخرى غير أمه فلا يجوز له أن يتزوج هذه البنت .

وعلة ذلك : أن الولد المنفي نسبه قد جاءت به أمه في عقد زواج صحيح وخلال الفترة المحددة شرعا للحمل ، فالحكم ينفي نسبه باللعان لا يدل بصفة قاطعة يقينية على نفي نسبه باللعان فقد يكون أبوه حقيقة ولكنه كذب بإيمانه كلها أمام القاضي حتى نفي نسبه منه ، فلهذا يجب الاحتياط في الأحكام .

راجع أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالرحمن تاج ص ٤٠٢ .

الفصل الخامس
تحريم التبني في الإسلام وحقوق مجهول النسب

تحريم التبني في الشريعة الإسلامية :

التبني هو أن يدعي شخص أبوة ولد معروف النسب أو مجهوله دون رباط زوجي بينه وبين أم هذا الولد ، وقد حرمت التشريعات العربية هذه البنوة واعتبرتها باطلة لأن النسب لا يحتمل الفسخ وثبوت النسب للولد ثابت لا يزول .

الفرق بين الإقرار بالنسب والتبني :

تختلف أحكام التبني كل الاختلاف عن الإقرار بالنسب ، لأن الإقرار إظهار واقعة زواج قديم حالت ظروف معينة بين الأبوين لإعلانها كعقد تم دون تسجيل فأنكره الأب فترة ثم عاد فاعترف به وبآثاره وبالبنوة الناشئة عنه فالإقرار بالنسب إظهار واقعة شرعية صحيحة قديمة وليس إثباتا لواقعة جديدة لم تكن . ولهذا أجمع الفقهاء على أنه إذا كان لا يولد لمثل هذا الرجل مثل هذا الولد عرفا أو عادة فلا يعترف بإقراره ، وكذلك يبطل إقراره إذا قال أن هذا الولد ولده ولكن من زنا .

وبهذا يقول فقهاء المالكية إذا كان ظاهر الحال يخالف إقرار الرجل بنسب الولد فعلى القاضي أن يطلب منه بيان الصلة بينه وبين أم الولد وكيف تم عقد الزواج بينهما والمكان الذي عاشا فيه خلال ذلك للتأكد من شرعية الصلة بين الأبوين ليكون الإقرار بالنسب شرعيا[1] .

---

(١) يقول أستاذنا الإمام الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية ص ٤٠٠ : « ويلاحظ رأي الإمام مالك الذي لا يحكم بالنسب عن طريق الإقرار إلا إذا بيّن المقر وجها شرعيا » .

أما التبني فينشىء بين شخصين علاقات صورية ومدنية محضة لأبـوة وبنوة مفترضة ، قد تكون بين رجل وولد معلوم الأبـوين وباتفـاقهما وقـد تكون بـدون علمهما .

لقد قضى القانون المغربي في الفصل ٨٣ :

البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للأب فلا يترتب عليها شيء من ذلك إطلاقا وهي بالنسبة للأم كالشرعية لأنه ولدها .

وجاء في المادة ١٨٨ من مشروع قانون الأمارات المتحدة :

أ ـ لا يثبت النسب بالتبني ، ولو كان الولد المتبني مجهول النسب .

ب ـ لا يثبت نسب ولد من الزنا من الزاني : إلا إذا أقر به غير معترف أنه من الزنا .

وهذا النص مأخوذ عن مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية بين سوريا ومصر خلال وحدتهما .

التبني لا يثبت به النسب ، ولو كان الولد المتبني مجهول النسب . كما لا يثبت المعونة والرعاية للغير دون مقابل ، أما حين تقدم رعاية الطفل لمحاولة إشباع غريزة وسد حاجة وملء فراغ فهذه الرعاية زائفة باطلة ، ولا أدل على ذلك من أولئك الذين رزقوا أولاد شرعيين بعد أن تبنوا طفلا غير شرعي فإذا بهم يهجرونه ويطردونه وكأنهم استعاروه إعارة مؤقتة من المجتمع حتى إذا استغنوا عنه نبذوه و تركوه . . فأين الشفقة وأين العطف والحنان . . . إنه افتراء وكذب وخداع .

إن التبني لفظ وليس بحقيقة يولد عنه حنان الأم وعطف الأب ليصبح ولدا كبقية الأولاد الشرعيين .

إن التبني إن كان لولد معلوم النسب فهو نوع من البيع والشراء يتم بين المتبني وأب فقير عاجز عن سد نفقات أولاده لعجز الدولة التي يعيش في ظلها عن تأمين الحياة الكريمة للطفولة المشردة المعـذبة فيلجـأ هذا الأب لبيـع أولاده بيع الـطيور والغزلان .

وإن كان التبني لمجهول النسب جائزاً ففيه تشجيع على الزنا حتى يعلم الزاني سلفا بأن ما تثمر عنه جريمته من طفل سيلقى من التبني ما يتساوى به مع الولد الشرعي مما يخفف عنه التفكير في ارتكاب جريمة الزنا، فقد يكون المستقبل المظلم لهذا الطفل من أكبر أسباب عدول المجرم عن جريمته قبل وقوعها.

إن التبني وثيق الصلة بنظام الزواج وتحريم الزنا ، إن الشريعة التي تحرم الزنا تحريما قاطعا ولا تعترف بآثاره بحيث لا تسمح لرجل وامرأة زنيا أن ينسب إليهما ثمرة جريمتهما ،وأولى أن لا تجيز لهما إلحاق ولد غيرهما من الزنا عن طريق التبني ، إذ ليس من المعقول أن نلحق ولدا مجهول النسب بشخصين غريبين ولا نسب ولد الزنا من الزاني إلا إذا أقرا به مطلقا دون إسناد إلى الزنا .

والمصدر لهذه النصوص هو الشريعة الإسلامية التي حرمت التبني تحريما صريحا ولم تعترف إلا بالبنوة الشرعية ا لصحيحة .

وقد يتساءل بعض الناس ، ألا يتنافى هذا مع رعاية الإسلام للطفولة ؟ والجواب على ذلك أن الإسلام يعترف بالبنوة الشرعية في جميع أحوالها من زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة أو إقرار أو بينة ولكنه لا يعترف مطلقا على بنوة غير شرعية ، لأنه يريد أن يجعل فاصلا بين ثمرة الحلال وهو الزواج وثمرة الحرام وهو السفاح .

لقد كان التبني معروفا لدى العرب في الجاهلية وفي صدر الإسلام حتى نزل قوله تعالى :

﴿ وما جعل أدعياءكم أبناءكم ، ذلك قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم ﴾[1] .

---

(١) الأحزاب : ٤ ، ٥

وكان النبي ﷺ قد تبنى زيد بن حارثة ولما نزلت هذه الآيات دعاه لأبيه وأبطل نظام التبني[1] .

إن نظام التبني يعني نزع الطفل من أبوين فقيرين أو مجهولين وإلحاقه بأبوين وهميين ليعيش بينهما غريبا أجنبيا عن جميع أفراد الأسرة مهما قدما له . وإن توهم الجانب الإنساني في هذا النظام لا صحة له مطلقا ، لأن الإنسانية تبدو حيث الرعاية تبرعاً دون إلحاقه بأبوين غير شرعيين عن طريق الزنا[2] .

إن النسب الصحيح يجب أن يكون للأبوين دون غيرهما حفظا على الأسر من التفكك وحرصاعلى الأنساب من الضياع فتهدم أكبر رابطة للخلية الأولى من خلايا المجتمع ، لأن التبني يقوم على أساس خادع غايته ملء غريزة وإشباع حاجة وليس بدافع الشفقة أو الرغبة بتكوين أسرة .

إن نظام التبني لا يكفي فيه النظر إلى الجانب العاطفي من إنقاذ طفل لا مأوى له ، لأن هذا الأمر كفله الإسلام وفرض رعاية أمثال هؤلاء على الأفراد والمجتمع

---

(١) وفي هذا يقول عليه السلام : « من ادعى أبا في الإسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » . حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٨١٤ .

(٢) إن القوانين التي لا تقيم للزنا وزنا وتعده عملا ضد الزوج بحيث لو سكت عنه فلا جريمة لأن زوجته أصبحت من الحقوق الخاصة به فلا يملك وليها أبا كان أو أخا أن يقيم دعوى زنا إذا سكت الزوج أو صفح . . . هذه القوانين أصبحت لا تفرق بين ولد شرعي وولد غير شرعي بحيث تعترف بالجميع وتبيح التبني لمن رغب فيه صراحة وعلانية .

وجاء في المادة ٣٤٤ من القانون الفرنسي الصادر في ٨ آب (أغسطس) ١٩٤١ بما ترجمته : يجوز للزوجين غير المفرقين أن يطلبا التبني معا بشرط أن لا تقل سن أحدهما عن الخامسة والثلاثين . ويجوز أن يكون الحد الأدنى لفارق السن بين المتبني والمتبنى عشر سنوات ، ولرئيس الدولة مع هذا أن يصدر إعفاء يخفض فارق السن المشار إليه .

مادة ٣٤٧ : إذا كان الولد المتبنى قاصرا وكان أبواه لا يزال أحدهما على قيد الحياة وجبت في هذه الحالة موافقتهما معا على هذا التبني . فإذا كان أحدهما متوفي أو كان في حالة تستحيل معها الإعراب عن إرادته اكتفي بموافقة الآخر .

وجاء في المادة ٣٤٩ : إذا لم يكن للقاصر أبوان أو إذا كانا في حالة لا يستطيعان معها الإعراب عن إرادتها اختص مجلس العائلة بإبداء هذه الموافقة .

والدولة على أساس من الصدق والوضوح والصراحة وعدم التنازع مع حقوق الآخرين ، بل يجب أن ننظر إلى هذا النظام على أنه نزع طفل من أبويه وإلحاقه بأسرة أجنبية عنه حتى يكون للكيد والأضرار وحرمان الورثة فتنهدر بذلك النظم الأسرية الشرعية ، ويحل الحرام مكان الحلال ويصبح التبني وسيلة للفساد والاضطراب وإثارة الأحقاد والضغائن بين أفراد الأسرة الواحدة .

إن الإسلام بقدر ما دعا إلى التكاثر والإنجاب وزيادة النسل ـ على خلاف ما يسعى إليه الصهاينة في بلادنا ـ أراد نسلا شريفا نظيفا يباهي به الرسول الأعظم الأمم يوم القيامة حيث يقول عليه السلام : « تناكحوا تكاثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة » .

فالإسلام لا يدعو للزيادة العددية مجردا عن الكيفية كما يتصور أنصار تحديد أو منع النسل فيطرحون المعادلة الخاطئة في أذهان الناشئة قائلين أيهما أفضل خمسة أولاد ضعفاء فقراء جهلاء أم ولد واحد قوي غني عالم . . . ونحن نجيب هؤلاء المتجاهلين بل خمسة أولاد أقوياء أغنياء علماء . . وعلى الدول التي تحارب الضعف والفقر والجهل أن تهيء المناخ اللازم لذلك .

إن الإسلام إذا دعا إلى التكاثر أراد الزيادة العددية والقوة التنموية ذلك أنه حرم الزنا ، كما حرم التبني لأنه يريد للإنسان أن ينشأ من اللحظة الأولى لطفولته على أسس من الخلق والدين والإلتزام والمروءة والوعي والعلم والقوة والذكاء[1] .

---

(١) دعا الرئيس الفرنسي جيسكار ديستان جميع الفرنسيين إلى المزيد من الإنجاب لأن ٥٥ مليون فرنسيا بنظره (لا يكفون أي شيء في هذه المرحلة من الزمن) .
وقال الرئيس الفرنسي أثر اجتماع عقده مع ممثلي بعض المنظمات الاجتماعية في باريس أن هبوط معدل الولادات في فرنسا هو ليس في صالحها على الإطلاق بل إنه يؤثر على وجودها في عالم الغد ويهدد المجتمع الفرنسي ككل بالانقراض البطيء .

ويعتبر هذا أول تصريح من نوعه للرئيس الفرنسي الذي بدأ يقود حملة منظمة بنفسه من أجل رفع نسبة الولادات بصورة واضحة .
وذكر أن ديستان وعد جميع العائلات التي يزيد عدد أفرادها عن ثلاثة أولاد وما فوق بمنحها مكافأة مالية

وجوب رعاية اللقطاء في الشريعة الإسلامية وبعض القوانين العربية :

اللقيط هو مولود حي نبذه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا .

ولقد ضمن الإسلام لمجهول النسب الحياة الكريمة حين أوجب رعاية اللقيط والإحسان إليه بدافع نبيل شريف هو إنقاذ هذا الإنسان البريء بغية الإحسان إليه تقربا إلى الله تعالى ، وحسبنا في هذا ما جاء في القرآن الكريم : ﴿ **فإن لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين** ﴾(*) . أي لتكن معاملة مجهول النسب معاملة الأخ لأخيه .

على أن الإسلام الذي فرض هذه الرعاية المادية والمعنوية أقام في ذات الوقت

جيدة .

وجاءت هذه الحملة مع ظهور أرقام رسمية من العاصمة الفرنسية تشير إلى انخفاض عدد الولادات خلال العام الماضي بحوالي ١٠ آلاف ولادة على الأقل كما أظهرت إحدى الدراسات الأحصائية بأن هناك ١٨٩ مولودا فقط لكل ١٠٠٠ امرأة في فرنسا .

وقال بيان رسمي في هذا الصدد أنه إذا استمرت الأرقام على حالها خلال الأعوام القليلة المقبلة فإن فرنسا ستصبح بلاد المسنين والعجائز ، كما أنها ستصبح غير قادرة على الإنتاج بأي شكل من الأشكال الممكنة .

وتعتبر هذه الحملة التي يقودها الرئيس الفرنسي بنفسه من المفاجآت البارزة في باريس وخاصة أنه كان وراء قانون إباحة الإجهاض عام ١٩٧٥ .

ويمنح الرئيس ديستان حسب ما وعد العائلات الكبيرة ، حوالي ٨٩٠ فرنكا فرنسيا في الشهر أي حوالي ٢٠٠ دولار ، على أن يضاف إليها ٢٥ دولارا آخر في العام المقبل إذا ما تبين أن ربة البيت تستعد لاستقبال المزيد من المواليد .

وينوي الرئيس ديستان أيضا منح كل ربة بيت مبلغا إضافيا هو حوالي ٧٠ دولارا إذا ما كان راتبها الأساسي حيث تعمل متدنيا ، لكنها ستمنح ثلاثة أضعاف هذا المبلغ إذا ما كانت عاطلة عن العمل وتركز كل جهودها على تربية أطفالها في المنزل .

وتعني هذه الأرقام بأن الرئيس الفرنسي نفسه سيكون أول المستفيدين . لأن لديه أربعة أولاد ، وثانيا لأن زوجته عاطلة عن العمل بالطبع ، وثالثا وأخيرا لأنها تركز كل جهودها على تربية أولادها ، لكن في قصر الأليزيه هذه المرة .

(*) الأحزاب : ٥ .

حاجزا قويا بين الشرعية الناتجة عن الزواج وبين غير الشرعية الناتجة عن السفاح ، فجعل للأول النسب الشرعي والثاني الرعاية الاجتماعية والتربوية والمادية حتى أن للشخص أن يوصي لمثل هؤلاء بثلث تركته وقد يكون هذا أكثر مما يرثه ولده الحقيقي إن كان له أكثر من ثلاثة أولاد .

وجاء في الفصل ٧٧ من مجلة الأحوال الشخصية في تونس :
من تكفل بلقيط واستأذن من الحاكم وجبتْ عليه نفقته إلى أن يصير قادرا على التكسب مالم يكن لذلك اللقيط مال .

الفصل ٧٨ : يبقى اللقيط بيد ملتقطه ولا يأخذه منه أحد إلا أذا ظهر أبواه وحكم الحاكم لهما بذلك .

الفصل ٨٠ : إذا مات اللقيط عن غير وارث رجعت مكاسبه إلى صندوق الدولة غير أنه يمكن للملتقط القيام على الدولة بالمطالبة بما أنفقه على اللقيط في حدود مكاسبه .

أما في سوريا فقد نظم المرسوم التشريعي رقم ١٠٧ الصادر في ٤/٥/١٩٧٠ أحكام اللقطاء أذكر أهم ما ورد فيه من أحكام :

مادة ١ : اللقيط هو الوليد الذي يعثر عليه ولم يعرف والداه .

مادة ٢ : كل من يعثر على لقيط أن يسلمه إلى أقرب مخفر للشرطة مع الملابس التي كانت عليه وجميع الأشياء الأخرى التي وجدها معه أو بالقرب منه .

مادة ٥ : تتولى وزارة الشئون الاجتماعية والعمل رعاية اللقيط وكفالته وتعليمه حتى يستطيع الاعتماد على نفسه وكسب عيشه .

مادة ٦ : تقوم وزارة الشئون الاجتماعية والعمل بالولاية على نفس اللقيط حتى إتمامه سن الثامنة عشر .

مادة ٧ : يعامل اللقيط القاصر معاملة اليتيم فيما يتعلق بالوصاية على ماله

وتسري على وصية أحكام الوصاية الواردة في قانون الأحوال الشخصية .

مادة ١٣ : يعتبر اللقيط مسلما مالم يثبت خلاف ذلك .

مادة ١٤ : تسري على كل من يدعي صلة نسب باللقيط الأحكام المتعلقة بالإقرار بالنسب الواردة في قانون الأحوال الشخصية .

ويمكننا أن نوجز أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية مصدر قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية بما يلي :

١ ـ من وجد طفلا في مكان يغلب على ظنه هلاكه لو بقي فيه ، كان التقاطه فرض عين عليه ، وإلا كان مندوبا .

٢ ـ الملتقط أحق بالتقاط اللقيط من غيره ، ولا يأخذه الحاكم منه إلا لسبب كسوء معاملته له .

٣ ـ على من يلتقط هذا الطفل أن يقوم بتربيته وتعليمه وتقديم ما يحتاج إليه ، فإن عجز عن ذلك سلمه للدولة لتتولى رعايته .

٤ ـ للملتقط أن يهب للقيط من أمواله خلال حياته ما يشاء وله أن يوصي له بحدود ثلث تركته بعد وفاته ، بينما لا يملك الملتقط أن يوصي لولده الشرعي لأنه وارث ولا وصية لوارث عند جمهور الفقهاء[1] .

٥ ـ إذا وجد مع اللقيط مال كان أحق به وهو مالك له ، وينفق الملتقط متبرعا إذا لم يستأذن القاضي بذلك ، وإلا كان له الحق في أن يعود على اللقيط بما أنفق حين يساره .

(١) لا تجوز الوصية لوراث عند جمهور الفقهاء وفي معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية لقوله عليه السلام « لا وصية لوارث » ولئلا تتعارض أحكام توزيع التركة عن طريق الميراث مع هذه الايصاء .

إلا أنه إذا أجاز الورثة هذه الوصية فتصح حينئذ لأن الحق لهم ويعد تبرعا منهم للموصى له الوارث .

وقال الشيعة الجعفرية : تجوز الوصية للوارث مطلقا وبحدود الثلث وبه أخذ القانون المصري للوصية .

٦ ـ إذا ادعى اللقيط غير الملتقط وثبت نسبه منه ، ينزع من يد الملتقط لمصلحته في ثبوت النسب لأنه يصبح ولدا شرعيا بالاقرار ، له جميع الحقوق والواجبات الأبوية .

٧ ـ إذا لم يكن هناك من ينفق على اللقيط ولم يوجد لديه مال فيجب على الدولة الإنفاق عليه .

٨ ـ يعتبر اللقيط مسلما لوجوده في بلاد المسلمين إلا إذا وجده شخص غير مسلم وفي مكان يسكنه غير المسلمين فيعتبر على دين ملتقطه وذلك تغليبا للظاهر أنه من أبوين غير مسلمين .

وبهذه الشروط والقيود نلاحظ الفروق الجوهرية بين الإقرار بالنسب الذي هو عبارة عن تصحيح وضع خاطىء سابق وبين التبني الذي لا تعترف به الشريعة الإسلامية إطلاقا . (الوضع الخاطىء هو كتمان أمر الزواج) .

الفصل السادس
أحكام النسب في مشروع قانون الأحوال الشخصية لدولة الأمارات العربية المتحدة[1]

١ ـ مدة الحمل :

م ١٧٢ : أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوما وأكثرها ثلاثمائة وخمسون يوما .

لقد أحسن مشروع القانون صنعا حين حدد أقل أيام الحمل وأكثرها بالأيام لا بالأشهر والسنين، لأن مدة ستة الأشهر الذي حددها الفقهاء لأقل مدة الحمل تحتمل الزيادة والنقصان تبعا لاختلاف أيام الشهور .

ذكر ابن قدامة في المغني[2] :

« إذا أتت به دون ستة أشهر من حين تزوجها فلا يلحق به في قول كل من علمنا قوله من أهل العلم لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها » .

وفي الجوهرة للحنفية :[3] :

« وإذا تزوج امرأة فجاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجها لم يثبت نسبه » .

---

(١) أفردنا بحثا خاصة لأحكام النسب في مشروع قانون الأمارات نظرا لأهمية الموضوع وحرصا على وحدته ، ولما تضمنه من أحكام جديدة بالنسبة للتشريعات العربية في الأحوال الشخصية .

(٢) المغني ج ٩ ص ٥٣ .

(٣) الجوهرة ج ٢ ص ١٦٣ .

وكذلك جعل أقصى فترة للحمل أخذا برأي الظاهرية وما يقرره الطب اليوم خلافا لما ذكره جمهور الفقهاء وهذا يتفق مع جميع تشريعات القوانين العربية التي حددت أكثر فترة للحمل سنة كاملة .

وقد ورد في مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للدول العربية تحديد أقل مدة للحمل وأكثرها بالأشهر والسنة فقد نصت المادة ٨٠ : « أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة » .

٢ ـ أكثر مدة الحمل :

م ١٧٣ : يثبت نسب الولد في الزواج الصحيح من الزوج بالشرطين الآتيين :
أ ـ أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .
ب ـ ألا يثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي استمر وقت العقد إلى الولادة أو حدث بعده واستمر خمسة وستين وثلاثمائة يوم فأكثر .

وفي حال زوال المانع تحسب أقل مدة الحمل من تاريخ الزوال .
وقد أخذ المشروع حكم إمكان التلاقي بين الزوجين لثبوت النسب عن المذاهب الفقهية المالكية والحنابلة والشافعية خلافا للحنفية[1]

غير أننا نرى أن الصياغة غير دقيقة وتحتاج إلى إعادة نظر لأن موجب هذه النصوص أن الزوج هو الذي يطالب بإثبات عدم التلاقي وهذا غير ممكن لأن الشهادة على النفي يصعب إثباتها ولو أن المشروع أخذ بالتعديل التالي لكان أوضح : إذا أنكر الزوج اللقاء مع الزوجة منذ زواجها حتى الولادة وعجزت المرأة عن إثبات التلاقي فلا يثبت نسب الولد .

وكذلك جاء في المشروع أن انتفاء التلاقي يكون بعدة طرف ووسائل كالسجن

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠ فتاوي ابن حجر ج ٤ ص ٢٠١ كشاف القناع ج ٣ ص ٢٠٣

أو الغياب فإذا زال هذا المانع تحسب المدة من زواله لا من تاريخ العقد[1] .

وكذلك نفضل أن يضاف إلى هذين الشرطين شرطا ثالثا ورد في المادة ١٨٢ من نفس المشروع والتي جاء فيها : لا يثبت النسب إذا ثبت بطريق قطعي أن الرجل غير مخصب أو لا يمكن منه الولد لمانع خلقي أو مرضي ، وإذا حصل نزاع في ذلك استعانت المحكمة بأهل الخبرة .

وهذا الشرط يؤيده العقل والمنطق والواقع لأن من لا يتصور منه الإنجاب يجب أن لا ينسب إليه ولد .

وقد ورد في فتح القدير[2] :

إن أبا حنيفة قال إذا جاءت الزوجة بولد وكان زوجها دون سن البلوغ أو في وضع لا يتصور منه التناسل فالولد لا يلحق بأبيه .

٣ ــ النسب في الزواج الموقوف :

م ١٧٧ : « إذا وقع دخول حقيقي في الزواج غير النافذ قبل الإجازة يأخذ في ثبوت النسب حكم الزواج الفاسد بعد الدخول الحقيقي إذا لم تلحقه الاجازة ، وحكم الزواج الصحيح في ذلك إذالحقته الإجازه » .

يعد الزواج الموقوف زواجا صحيحا ولكن لا تظهر آثاره إلا بالإجازة من قبل الولي أو المميز بعد بلوغه سن الرشد ، أما إذا لم يجز الولي أصبح العقد الموقوف باطلا .

ولا يجوز لمن عقد زواجه موقوفا الدخول بزوجته قبل الاجازة ، فإذا تم

(١) يقابل هذا النص ما ورد في المادة ١٢٩ سوري والفصل ٨٥ مغربي والمادة ١٢٩ من المشروع الكويتي والفصل ٦٩ من القانون التونسي .

(٢) فتح القديرج ٤ ص ١٨٤ .

الدخول قبل الاجازة أخذ العقد حكم الزواج الفاسد بعد الدخول أي تثبت آثار الزواج الفاسد بعد الدخول وأهمها النسب وحرمة المصاهرة والعدة وأقل المهرين ويجب التفريق بين الزوجين إن لم تحصل إجازة لهذا العقد الموقوف .

٤ ـ النسب في الدخول بشبهة :

وردت أحكام الدخول بشبهة في مشروع القانون فيما يتعلق بثبوت النسب في أكثر من موضع .

فقد نصت المادة ١٧٨ : « المعتدة من طلاق بائن أو فسخ ، إذا وطئت بدون عقد ممن تعتد له غير عالم بالحرمة وجاءت بولد ، يثبت نسبه طبقا لأحكام ثبوت النسب في الزواج الفاسد(١) .

وتفسير ذلك أن من وطأ زوجته في عدتها وكان الطلاق بائنا وهو لا يعلم بحرمة ذلك وجاءت بولد فإن نسب هذا الولد يعد صحيحا ولكن يجب التفريق بين الزوجين وإجراء العقد مرة ثانية باتفاق الطرفين وبمهر جديد ولكن الحمل الذي حصل في الوطء خلال العدة يعد نسبه صحيحا لأن الزوج يعتقد حل ذلك كالطلاق الرجعي وربما كانت الشبهة هنا لاختلاف المذاهب حول ما يعد به الطلاق بائنا أو رجعيا أكثر من شبهة العلم بالحل والحرمة .

كما نصت المادة ١٧٩ : « من وطىء امرأة على فراشه يظنها زوجته فجاءت بولد لمائة وثمانين يوما فأكثر من وقت الوطء ثبت نسبه منه بدون دعوى على أن تلده خلال ثلاثمائة وخمسة وستين يوما من وقت الوطء وعلى ألا يطأها غيره بشبهة بحيث يمكن مجيء الولد منه » .

وقد ذكر ـ الفقهاء أنه ـ يثبت النسب بالوطء بشبهة كما لو زفت امرأة على أنها

---

(١) وردت أحكام النسب من الزواج الفاسد في قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية في المواد ١٣٢ سوري ٨٦ مغربي و١٤٨ أردني و١٣٢ المشروع الكويتي .

زوجته وجاءت بولد بعد الدخول لأقل مدة الحمل أو بعد مضي أكثرها أثر المفارقة فإن النسب صحيح حرمة للطفل وحملا على صلاح كل من الزوجين وتغليبا على صدق ما أقدما عليه من تصور الزوجية بينهما[١] .

وقال بعض الفقهاء لا يثبت النسب في هذه الحالة إلا بإقرار الزوج أنه ابنه أي يثبت النسب بالإقرار لا بالفراش .

ويترتب على كل من الزواج الفاسد والوطء بشبهة كل ما يترتب على الزواج الصحيح من نفقة وميراث بالنسبة للولد لأن ذلك من آثار النسب ، وما دام النسب صحيحا فكل ما ينشأ عن ذلك يجب أن يلحق به (بخلاف الزوجة حيث لا ترث في الزواج الفاسد ولا في الوطء بشبهة لأن التفريق واجب فور العلم بالفساد أو بالحقيقة[٢] .

وقد نص مشروع القانون الموحد على شرط إمكانية التلاقي بين الزوجين وحكم الوطء بشبهة في المادة ٧٩ :

ف أ : الولد للفراش إذا مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل ، ولم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين .

ف ب : يثبت نسب المولود من وطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطء .

٥ ــ نسب ولد زوجة المفقود :

م ١٨٠ : من المشروع : من نعي إليها زوجها وحلت للزواج شرعا ، أو حكم بموت زوجها المفقود وتزوجت بعد العدة فجاءت بولد ثبت نسبه من الزوج الثاني متى توافرت شروط النسب في العقد الصحيح .

(١) شرح الكنز للزيلعي ج ٣ ص ١٧٧ .

(٢) جامع الفصولين ص ١٨٥ .

لا جديد في هذه المادة لأن الزوجة إذا علمت بوفاة زوجها أو حكم القاضي بفقده وأمضت عدة الوفاة ثم تزوجت فزواجها صحيح دون خلاف بين الفقهاء .

ولكن يبدو أن المشرع كان يريد أن يلحق بهذه المادة حكما آخر وهو حكم عودة الزوج الأول هل يثبت نسب الولد من الزوج الثاني أم لا ؟ . . .

ولهذا فإني سأذكر حكم عودة المفقود بالنسبة لزوجته ، إذا عاد المفقود فقد ثبت يقينا بطلان الحكم بفقده ، وبما أن زواج الزوجة بعد مضي عدتها كان مبنيا على هذا القرار الذي ثبت بطلانه وعلى هذا يعد الزواج باطلا أيضا لأن كل ما بني على الباطل فهو باطل ، فإذا عاد الزوج والزوجة قد تزوجت ولم يتم الدخول فهي للزوج الأول . أما إذا تم الدخول فهي للزوج الثاني حرمة للدخول إلا إذا ثبت بطلان الزواج الثاني وهذا الزواج يبطل كما لو تزوجت خلال عدتها من الأول أو تزوجها الثاني وهو يعلم أن زوجها حي فالزواج في هاتين الحالتين يعد باطلا ، ويعد الزوج زانيا ويقام عليه الحد لأنه تزوج زوجة غيره .

٦ ـ نفي النسب :

م ١٨٣ : « في جميع الأحوال التي تتوافر فيها شروط النسب بالفراش لا ينتفي نسب الولد إلا باللعان » .

إذا ثبت نسب الولد بالزواج ، فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان ، على أن يكون هذا النفي قبل صدور ما يدل على القبول بالولد من قبل الأب صراحة أو دلالة ، فلا نفي للنسب إذا جاء الولد مثلا واستقبل الأب المهنئين به ، لأن الولد للفراش والنسب الثابت لا يجوز فسخه ، وكذلك إذا أقر به فلا يسمع منه نفي بعد هذا الإقرار .

واللعان هو أربع شهادات من الزوجين أمام القاضي مؤكدات بالإيمان مقرونة بشهادة الزوج باللعن وبشهادة الزوجة بالغضب ، قائمة مقام حد القذف في حق

الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة[1]

ودليل ذلك قوله تعالى في سورة النور [2]:

﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنةالله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾ .

٧ ـ حكم النسب بعد الطلاق البائن أو بعد وفاة الزوج :

م ١٧٤ من مشروع قانون الأمارات :

ف ١ : للمعتدة من وفاة أن تعلن عن حملها خلال أربعة أشهر قمرية وعشرة أيام من تاريخ الوفاة وذلك بإخطار تقدمه إلى النيابة العامة المختصة ، وعلى النيابة في هذه الحالة أن تحيلها إلى لجنة طبية حكومية للتحقق من وجود الحمل وتقدير عمره التقريبي أن وجد ، ثم تحيل النيابة العامة الأوراق بعد ذلك مشفوعة برأيها إلى المحكمة المختصة لتحكم بثبوت الحمل من عدمه بعد سماع أقوال ذوي الشأن . فإذا حكمت المحكمة بثبوت الحمل عينت عليه وصيا ، وفي هذه الحالة يثبت نسب الولد من أبيه أيا كانت المدة التي ولد بعدها .

---

(١) قال فقهاء الحنفية : اللعان شهادة ، أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٣٢٢ . وقال الشافعية والمالكية : اللعان إيمان مؤكدات بالشهادة . الشرح الصغير على أقرب المسالك ج ٢ ص ٦٥٩ وقال الحنابلة : روايتين ، المغني ج ٧ ص ٣٩٥ أما ابن القيم الجوزية وهو من الحنابلة فقد ذكر في كتابه زاد المعاد ج ٤ ص ٩٨ أن اللعان يجمع بين الشهادة واليمين .
ويترتب على هذا الخلاف اختلاف في بعض حكام اللعان بالنسبة للزوج والزوجة يراجع في بحث اللعان .

(٢) سورة النور :

ف ٢ : وللمعتدة من طلاق رجعي أو بينونة أن تعلن عن حملها بالطريقة المشار إليها في الفقرة السابقة وذلك خلال مدة العدة المقررة لمثيلتها . وفي هذه الحالة تتخذ بشأنها الإجراءات سالفة الذكر فإن ثبت وجود الحمل على الوجه المتقدم ولم تكن قد تزوجت أو وطئت بشبهة ثبت نسب الولد أيا كانت المدة التي ولد بعدها .

م ١٧٥ : في جميع الأحوال المنصوص عليها في المادة السابقة إذا لم تعلن المعتدة عن حملها على الوجه المتقدم ثبت نسب الولد إذا ولد خلال ثلاثمائة وخمسة وستين يوما من تاريخ الفرقة .

لقد جاء مشروع قانون الأمارات بهاتين المادتين بأحكام جديدة في قوانين الأحوال الشخصية العربية حيث أعطى النيابة العامة والطبيب دورا كبيرا في إثبات النسب للمعتدة المطلقة والمتوفي عنها زوجها مع أن الفقهاء جعلوا ذلك خاصا بالزوجة المعتدة لأن إقرارها معتبر وتصدق في قولها مالم يوجد ما يبطل إقرارها ويثبت كذبها .

فإذا أقرت المعتدة من طلاق رجعي أو بائن أو وفاة بانقضاء العدة في مدة تحتمل ذلك فإنها تصدق فيما تقول ، فإن ولد بعد مضي ستة أشهر من وقت الإقرار أو أكثر فلا يثبت نسب الولد من زوجها المطلق والمتوفي لأننا نعلم أن المدة بين الإقرار ووضع الحمل تكفي لتكوين الجنين وهي ستة أشهر فأكثر أقل فترة للحمل ، فيحمل الأمر على أن الحمل قد حصل بعد الإقرار وبالتالي فلا يثبت النسب .

ب ــ أما إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ إقرارها بانقضاء العدة فيثبت النسب في هذه الحالة إذا كانت المدة بين الفرقة والولادة أقل من سنة . ونتأكد من كذب إقرارها السابق ولأنه ليس من المعقول أن يتكون الجنين بأقل من ستة أشهر بعد إقرارها وأنها حين أقرت بانقضاء عدتها كانت حاملا به قطعا[١] .

---

(١) الهداية ج ١ ص ١٥٣ .

جـ ـ أما إذا أتت بالولد بعد مضي أكثر فترة الحمل (حسب آراء الفقهاء أو نصوص القوانين) فلا يثبت النسب بعد هذه المدة لأن هذا دليل على أنها حملت به بعد الفرقة أو الوفاة(١) .

هذه هي أحكام ثبوت النسب بعد انتهاء العدة أو خلالها وفق ما ذكره الفقهاء فلا حاجة إطلاقا إلى إعلام النيابة عن الحمل ولا عن تقرير الطبيب بهذه الأمور لأسباب كثيرة أهمها أن النسب من أخطر القضايا الأسرية والذي يتوقف عليه الحياة المعنوية للإنسان الذي ينتمي إلى أبوين عن طريق شرعي ، لذلك لا حاجة إطلاقا إلى تدخل التقارير الطبية في عصر ضعفت فيه الذمم وفسدت فيه الأخلاق فضلا عن صعوبة إثبات هوية الزوجة فقد لا تملك هوية تثبت بها شخصيتها وقد تملك هوية لا صورة فيها فيكثر الاحتيال والتواطؤ وانتحال شخصية الغير لإثبات حمل بغية الوصول إلى نسب قد لا يكون صحيحا .

ثم أن ثبوت النسب بعد مرور أقصى فترة الحمل بمجرد أن تخبر النيابة العامة أمر خطير جدا فقد يحصل بعد هذا الإقرار فكيف نضمن صدق الإقرار إذا ولدت بعد سنتين من وفاة زوجها بمجرد أنها أخبرت بعدم انقضاء عدتها ، على الرغم من أن مشروع القانون وجميع القوانين العربية جعلت أقصى فترة للحمل هي سنة كاملة .

ولست أدري الفائدة المترتبة على هذا التشريع الجديد ، هل الغاية من ذلك هي تعيين وصي على الجنين في حال ثبوته حيث تقوم المحكمة بتعيينه ، مع أن الفقهاء ذكروا أنه لا ولاية لأحد على الجنين قبل ولادته وبالأولى أن لا يكون له وصي قبل ولادته بل تحفظ أمواله عند أمين حتى ولادته دون أي تصرف بها لأن حياته بين الشك واليقين في هذه الفترة(٢) .

---

(١) البحر الرائق ج ٣ ص ١٧٠ .

(٢) جاء في الفتاوي الحامدية ج ٢ ص ٣٠١ : لو أقا الأب وصيا على الحمل فإن ولايته لا تثبت إلا بعد ولادته .

أحكام النسب بالإقرار في مشروع القانون :

ثبوت نسب الولد إلى أمه في جميع الحالات :

م ١٨٤ : يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة بغير إقرارها دون قيد أو شرط ، ويترتب على هذا النسب بينهما جميع نتائجه المتفرعة عن الأمومة والبنوة مالية أو غير مالية .

ويتفق هذا الحكم مع ما ذكره الفقهاء خلافا للجعفرية الذين قالوا لا يثبت نسب الولد من أمه إذا كان عن طريق الزنا .

م ١٨٥ ف أ : يثبت النسب بإقرار الرجل ببنوة مجهول النسب ، ولو في مرض الموت إن لم يكذبه العقل أو العادة ولم يصرح بأنه من الزنا وصدقه المقر له في ذلك متى كان وقت الاقرار من أهل التصديق .

ويصح الإقرار بنسب الحمل المحقق متى توافرت هذه الشروط .

ف ب : إذا أقر مجهول النسب بأبوة رجل له وتوافرت في هذا الإقرار الشروط الواردة بالفقرة السابقة يثبت نسبه منه .

ف جـ : ولا يثبت النسب بالإقرار بالوالد أو بالأب إذا لم تتوافر فيه الشروط المذكورة .

نلاحظ في هذه المواد أن المشرع قنن ما اتفق عليه الفقهاء من شروط ثبوت النسب بالإقرار ليؤكد أن الإقرار بالنسب هو إظهار واقعة زواج ولهذا لو كان الولد من زنا سواء من المقر أم من غيره فلا يثبت به نسب وكذلك إذا كان المقر لا يولد لمثله مثل هذا الولد عرفا وعادة وعقلا كما لو كان يستحيل عليه الإنجاب مثلا .

لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته :

م ١٨٦ : متى ثبت النسب بالإقرار فلا يقبل النفي وتترتب عليه جميع أحكام النسب

المعروف أو الثابت بالدليل ومدلول هذه المادة أن النسب عن طريق الإقرار تثبت له الحقوق الثابتة في النسب عن طريق الزواج من ميراث وحرمة مصاهرة وقرابة إلى غير ذلك من النفقات الواجبة .

ولا يملك الأب الذي أقر ببنوة ولد له أن يعود فيكذب نفسه أو ينفي النسب إلا إذا أقام دليل على أن هذا الولد ليس ولده لأن ثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بالإقرار .

إقرار الأم ببنوة ولد :

م ١٨٧ : يثبت نسب الولد من الأم بإقرارها متى توافرت شروط إقرار الرجل بالولد ولم تكن متزوجة أو معتدة وقت أن ولد .

فإن كانت متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها أو مطلقها إلا بمصادقته أو بثبوت ولادتها إياه مع توافر شرط ثبوت النسب في هذه الولادة .

فإذا كانت متزوجة أو معتدة ولم تدع نسبه إلى الزوج ولم يكن للولد أم معروفة وكان ممن يولد لمثلها وصدقها في إقرارها إن كان مميزا ثبت النسب .

عدم ثبوت النسب بالتبني أو الزنا :

م ١٨٨ : ف أ : ولا يثبت النسب بالتبني ، ولو كان الولد المتبنى مجهول النسب .
ف ب : ولا يثبت نسب ولد الزنا من الزاني إلا إذ أقرّ به غير معترف أنه من الزنا .

الباب الثاني
أحكام الرضاع

١ ـ المبحث الأول : مشروعية الرضاع
٢ ـ المبحث الثاني : هل تجبر الأم على الإرضاع
٣ ـ المبحث الثالث : على من تجب نفقة الإرضاع

المبحث الأول
مشروعية الرضاع

الرضاع هو مص الرضيع اللبن من ثدي المرأة في مدة معينة .

وقدوردت أحكام الأرضاع في القرآن الكريم والسنة النبوية في أكثر من آية وحديث ، ومنها وضع الفقهاء القواعد العامة للأرضاع وما يترتب على ذلك من آثار تحريم الرضاع ووجوبه وعلى من تقع أجرته ومتى تكون مدته .

وإذا كان لموضوع الأرضاع جانبان : جانب التحريم وهذا محله في بحث محرمات الزواج ، وجانب آخر هو الرعاية بالطفل والعناية به وهذا ما سنبحثه هنا .

يقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك ، فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما ، وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف ﴾[1] .

وقوله تعالى : ﴿ وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف . وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾ .

وقوله تعالى في سورة الطلاق • ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ .

وقد روى عبدالله بن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحرم من الرضاع إلا ما كان في الحولين »[2] .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٣ .

(٢) راجع السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ٤٥٤ والمحلى لابن حزم .

المبحث الثاني
هل تجبر الأم على الإرضاع

إذا كانت الأم مطلقة فلا تجبر على الأرضاع لأن الأرضاع كالنفقة ونفقة الصغير على أبيه لقوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ فاختصاص الابن بأبيه ونسبته إليه تعني أنه هو الذي ينفق عليه لأن من آثار ثبوت النسب النفقة .

فإذا رفضت الأم المطلقة إرضاع ولدها فلا يجبر الأب على استئجار مرضع له(١) .

م ١٩٨ من مشروع قانون الأمارات :

ف أ : لا يجب على الأم إرضاع ولدها إلا إذا تعذرت تغذيته من غير لبنها لأي سبب كان .

ف ب : إذا امتنعت الأم عن إرضاع ولدها ولم يكن واجبا عليها فعلى أبيه أن يستأجر من ترضعه أو تقوم بتغذيته عند الأم .

على أن يستثنى من ذلك بعض الحالات تجبر فيها الأم على الأرضاع وهي :

١ ـ إذا امتنع الطفل عن قبول ثدي غير ثدي أمه ففي مثل هذه الحالة تجبر الأم على إرضاعه حفظا لحياته . وكذلك إذا امتنع عن تناول المستحضرات الطبية الحديثة لتغذية الأطفال فلا مناص حينئذ من إلزام الأم بإرضاع طفلها(٢) .
وهذا الأمر ضروري لمصلحة الصغير في بقاء وجوده ،فإن ثبت أن لبن الأم يؤذيه

---

(١) المغني ج ٩ ص ٣١٢ .
(٢) رد المحتار ج ٢ ص ٩٢٩ .

مثلا نزع الطفل منها وسلم لامرأة أخرى ترضعه مجانا أو بالأجرة لأن حق الطفل في الحياة في هذه الحالة مقدم على حق الأم بالأرضاع .

٢ ـ وكذلك تجبر المطلقة على إرضاع الصغير إذا لم يكن للصغير ولا للأب مال يستطيع به استئجار مرضع ولم يوجد من تتبرع بذلك فيتعين على الأم أن تقوم بإرضاع ولدها للضرورة .

أما إذا لم تكن الزوجة مطلقة فهل تجبر على إرضاع طفلها :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوجة غير المطلقة لا تجبر على إرضاع طفلها قضاء وإن كان الأرضاع واجبا عليها ديانة(١) .

وتلزم الأم قضاء بارضاع طفلها إذا امتنع عن قبول غير ثديها أو كان الأب معسرا دون خلاف بين الفقهاء أحياء للولد(٢) .

---

(١) ذكر الفقهاء أن قوله تعالى في سورة الطلاق : ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾ يخصص قوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ وعلى هذا تجب الأجرة على الأب حين لا يجب الأرضاع لأن الأم حين تصبح أجنبية عن الأب لها الخيار في الإرضاع وعدمه والتخيير ينافي الوجوب .
على أن بعض كبار فقهاء الحنفية يرون أن لا تخصيص بين الآيتين وأن الوجوب الدياني للأرضاع يبقى قائما .
وهذا الرأي هو الصواب لأن علاقةالطفل تبقى مستقلة عن علاقة الأم مع الأب وأن مصلحة الطفل في أن تبقى أمه مرضعة له .

(٢) إذا لم يقبل الطفل ثديا غير ثدي أمه ففي إجبار أمه على إرضاعه روايتان في المذهب الحنفي : إحداهما تقول أنه لا إجبار لأن الطفل قد يتغذى بالدهن والشراب والرواية الثانية وهي الراجحة إن الأم تجبر لأن في منع حليب أمه عنه يتعرض الطفل للهلاك والموت وقد رجح هذه الرواية السرخسي في المبسوط والقدوري في مختصره والمرغيناني في الهداية والكمال بن الهمام في فتح القدير .
على أني أرى وجود الحليب المعقم من مختلف الأصناف في العصر الحاضر في الصيدليات وغيرها قد يؤمن البديل من حليب الأم ولا يعرض حياة الطفل للخطر إلا إذا تبين خلاف ذلك لدى الأطباء بالنسبة لطفل معين .

وهذا ما قاله به الحنابلة[1] والشافعية[2] والحنفية[3] . وقال بعض المالكية[4] أن الأم تجبر على أرضاع ولدها قضاء وديانة والمشهور عند المالكية أن الزوجة إن كانت ممن لا يجبر عادة أمثالها على الأرضاع كما لوكانت من طبقة غنية شريفة مترفة فإنها لا تجبر على إرضاع طفلها وإلا أجبرت على الأرضاع(٥) .

هذا إذا لم يتعين على الزوجة الأرضاع أما إذا امتنع الطفل عن قبول أي ثدي غير ثدي أمه فلا خلاف حتى عند المالكية بإجبار الأم على الإرضاع .

وقد أضاف الشافعية والحنابلة إلى أنه يجب على الأم إرضاع ولدها في الأيام الأولى من الولادة لأن لبن الأم الولادي يقوي الطفل وتشتد بنيته به حسب تعبيرهم[6] .

وقد ذكر صاحب تفسير المنار أن ظاهر قوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ يفيد أن الأرضاع واجب على الأم لأنه خبر في معنى الأمر إلا إذا أقام مانع بالأم يمنعها من ذلك كالمرض فلا تلزم حينئذ لقوله تعالى : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ .

ولكن جمهور الفقهاء قالوا إن الأمر الوارد في هذه الآية هو للندب وليس للوجوب[7] .

---

(١) المغني ج ٩ ص ٣١٢ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ١٧٩ .
(٣) رد المحتار ج ٢ ص ٩٢٩ .
(٤) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٠٦ .
(٥) مواهب بالجليل ج ٤ ص ٢١٣ بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٩، الصاوي على السرح الصغير ج ١ ص ٤٩٠ .
(٦) اسنى الطالب مع حاشية الرملي ج ٣ ص ٤٤٥ الأقناع للشربيني الخطيب ج ٢ ص ٣٠٧ وراجع أيضا النسب وآثاره ص ٣٢ والأحوال الشخصية للأستاذ محمد الحسيني الحنفي ص ١٥٠ .
(٧) تفسير المنار ج ٢ ص ٤٠٠ .

المبحث الثالث
على من تجب نفقة الإرضاع

إن نفقة الصغير على أبيه ومن النفقة أجرة الرضاع، فإذا امتنعت الأم عن إرضاع طفلها في الحالات التي لا تجبر فيها على إرضاعه فيجب على الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عند أمه لأن الطفل يحضن في فترة الرضاع لدى أمه ، ومن حق الأم حضانة طفلها وبقاؤه لديها .

م ۲۰۰ من مشروع القانون :

أجرة الأرضاع من النفقة الواجبة للصغير وتستحق من وقت الأرضاع وتكون دينا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

هذا إذا لم يكن للصغير مال ، وإلا كانت نفقة الرضاع من ماله الخاص .

هل تستحق الأم نفقة على الأرضاع :

إن كانت الرضاعة أثناء الحياة الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي فإن الزوجة لا تستحق نفقة لإرضاعها طفلها لأن الزوجةوالمعتدة رجعيا لهما نفقة على الزوج ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ .

أما إذا انتهت عدة الطلاق الرجعي فتستحق حينئذ نفقة الرضاع لأن نفقة العدة انتهت[1] .

---

(۱) فتح القدير ج ۳ ص ٣٤٥ .

أما إن كانت الزوجة معتدة من طلاق بـائن فقد اختلف فقهـاء الحنفية في وجوب نفقة الرضاع للزوجة خلال فترة هذه العدة على روايتين ، إحداهما توجب الأجرة لأن المعتدة في طلاق بائن انقطعت علاقتها بالزوج والرواية الثانية تقول بأن الطلاق البائن وإن كان يقطع الزواج ولكن تبقى بعض آثاره ومنها النفقة وبما أن الزوجة تستحق النفقة أثناء العدة فلا تستحق نفقة الأرضاع وهذا هو الرأي الراجح في المذهب الحنفي(١) .

وقد أخذت الأحكام الشرعية في المادة ٣٦٩ بالرواية التي تجيز أخذ أجرة على الرضاع أثناء عدة الطلاق البائن .

« إذا أرضعت الأم ولدها من زوجها بعد عدة الطلاق البائن أو فيها وطلبت أجرة على إرضاعه فلها الأجرة » .

أما إذا انقضت العدة فتستحق الأم حينئذ نفقة الرضاع كسائر المرضعات بل هي أولى من غيرها نظرا لوفور شفقتها وحنانها على طفلها .

يتفق رأي المالكية مع الحنفية في عدم وجوب نفقة الأرضاع أثناء الحياة الزوجية والعدة الرجعية إذا كانت الزوجة من عادة مثيلاتها أن يرضعن أولادهن ، وتستحق الزوجة نفقة الرضاع في عدة الطلاق البائن .

أما الشافعية فقد ذهب فريق منهم إلى أن للزوجة أن تطلب زيادة النفقة أثناء الأرضاع سواء أكانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي لأن النفقة الزوجية قد لا تكفي أثناء فترة الرضاع ، وقال فريق من الشافعية أيضا أن للزوجة أن تطلب نفقة الأرضاع مستقلة عن النفقة الزوجية وعن نفقة العدة الرجعية .

---

(١) يبدو أن هناك خلافا بين الحنفية في ترجيح إحدى هاتين الروايتين اختار القدوري الأولى وصححها ابن عابدين أما ابن الهمام فقد رجح الرواية الثانية بعدم استحقاق المعتدة من طلاق بائن نفقة الرضاع أثناء العدة . رد المحتار ج ٢ ص ٩٣ الجوهرة ج ٢ ص ١٧٠ فتح القدير ج ٣ ص ٣٤٥ .

أما الحنابلة فقالوا للزوجة وللمطلقة رجعيا أو بائنا نفقة الأرضاع لأنها نفقة إضافية عن نفقة الزواج والعدة[1] .

وهنا نثير سؤالا فيما لو تقدمت إحدى قريبات الطفل أو امرأة أجنبية عنه متبرعة بإرضاعه أو طلبت مبلغا أقل مما ترضعه به أمه ، هل يسلم الطفل للمتبرعة لإرضاعه أو لمن رضيت بالأجر القليل أم تحتفظ به أمه لأحقيتها بإرضاعه ؟ .

في مثل هذه الحالة يعطى الطفل للمتبرعة لإرضاعه على أن تقوم بذلك لدى أمه لحقها في حضانته وللأم أخذ أجرة المثل على الحضانة .

م ١٩٩ من مشروع قانون الأمارات .

الأم أحَق بإرضاع ولدها ما لم تطلب أجرا على الأرضاع ورضيت غيرها بإرضاعه مجانا أو بأقل مما طلبته الأم فتقدم غيرها على أن ترضعه عند الأم .

وأصل هذا الحكم قوله تعالى : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾أي لا تضار الوالدة بحرمانها من ولدها ولا يضار والده بإرهاقه في نفقة الأرضاع .

م ٢٠١ من مشروع القانون :

أ ــ لا تستحق الأم أجرة إرضاع في الأحوال الآتية :

١ ـ إذا كانت زوجة للأب ولو كانت ناشزا عن طاعته .

٢ ـ إذا كانت معتدة لها نفقة عليه ولو أبرأت منها نظير الطلاق .

---

(١) راجع التاج والأكليل على مختصر خليل على هامش مواهب الجليل ج ٤ ص ٣١٣ ، المغني لابن قدامة ج٩ ص ٣١٣ ، المهذب للشيرازي ج ٢ ص ١٨٠ ، الأحوال الشخصية للدكتور عبدالعزيز عامر ص ١٧٣ .

فترة نفقة الرضاع

إن مدة الرضاعة التي تستحق خلالها الأم نفقةالرضاع هي سنتان وقد استدل الفقهاء لرأيهم هذا من قوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أرادا أن يتم الرضاعة** ﴾[1] .

وهذا باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه (لأن الخلاف بينهما في المدة إنما هو في الرضاع المحرم لا في نفقة الأرضاع) .

م ٢٠١ من مشروع القانون ف ب :

لا تستحق الأم أجرة الأرضاع أكثر من حولين من وقت الولادة .

أما إذا كانت المرضعة غير الأم فتستحق أجرة الرضاع على المدة المتفق عليها فإذاانتهت المدة فلا تجبر على الاستمرار إلا أذا كان الطفل لم يعد يقبل ثدي غيرها وكان لا يزال بحاجة إلى الأرضاع فتجبر على الاستمرار بأجر المثل[2] .

وإذا كانت الأم تستحق أجرة الرضاع وأرضعت طفلها فإنها تستحق أجـرة المثل إذا لم يكن هناك اتفاق بينها وبين أب الطفل ، بخلاف الأجنبية فإنها لا تستحق الأجر إلا بالاتفاق فإن أرضعته قبل ذلك كانت متبرعة[3] .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ١٧٩ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٣١٨ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٦٤ ، تنوير الابصار ج ٢ ص ٩٢٩ ، البدائع ج ٤ ص ٧ .

(٢) الأحوال الشخصية للدكتور السباعي ص ٣٠٥ .

(٣) الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٠٢ .

البَابُ الثالِث

الحضَانَة

الفصل الأول : حق الحضانة وشروطها

الفصل الثاني : أجرة الحضانة ومدتها

الفصل الثالث : مكان الحضانة وزيارة المحضون

تعريف :

الحضانة هي تربية الطفل ورعايته والعناية به والقيام بجميع مصالحه في سن معينة ممن له الحق في ذلك .

وقد أبرزت قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية أحكام الحضانة وأولتها اهتماما أكثر من بقية حقوق الطفل وظهرت التعديلات الطارئة المستمرة لتأمين حماية الطفولة منذ نشأتها الأولى .

وسنذكر دور الأم في حضانة طفلها ومن يقوم مقامها في القوانين العربية بذلك ثم دور الأب والأقارب وأخيرا الواجبات الأسرية المشتركة نحو هذا الطفل في النواحي التالية :

١ ـ الجانب التربوي : حق الحضانة وشروطها .
٢ ـ الجانب المادي : نفقة الحضانة .
٣ ـ الجانب الأسري المشترك : مدة الحضانة ومكانها .

الفصل الأول
حق الحضانة وشروطها

سنبحث ثلاثة أمور في حق الحضانة :

المبحث الأول : لمن الأولوية في حضانة الطفل .
المبحث الثاني : أهلية الحضانــة .
المبحث الثالث : هل الحضانة حق للحاضن أم المحضون .

المبحث الأول
لمن الأولوية في حضانة الطفل

لا نعني بكلمة الأولوية في حضانة الطفل البحث عن الأفضل من الأبوين ولكننا نقصد من هو الأقدر على تربية ورعاية هذا الطفل ، وعند من تكون مصلحة الطفل أوفر إذا وجد بجانبه ، فقد تكون الأم بحاجة إلى من يرعاها والأب يحتاج إلى قوامة عليه لانحراف في سلوكه أو تصرفاته التي تنعكس على الطفل وتؤثر فيه ، ولهذا يجب البحث عن المكان التربوي الملائم لهذه الطفولة .

لهذا فرض الشارع فترتين من عمر الطفل قدر الغالب فيها حاجته في نشأته الأولى إذا لم تكن الزوجية قائمة بين الأبوين ، وإلا فإن الطفل ينشأ في ظل أبويه دون حاجة لتحديد مسؤولية كل منهما عن الآخر لأنهما يتحملان معا شئون تربيته والعناية بمصالحه .

فالمشكلة تبدو في حالة فرقة الزوجين أو وفاة أحدهما إذ لا شك في أن مصلحة الطفل توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به وتأمين حاجياته .

ولما كان الطفل في بدء حياته يحتاج إلى رعاية وشفقة وحنان الأم أكثر من الأب وكان هذا متوفرا عادة في النساء أكثر من الرجال ، كان الأحق بحضانته في هذه الفترة الأولى من عمره هي الأم ثم أقاربه من النساء ممن تتوافر فيهن شروط أهلية الحضانة ، وبعد ذلك ينتقل هذا الحق إلى أقارب الطفل من الرجال ، لأن الطفل حين يشتد عوده قليلا تصبح حاجته لأبيه أكثر من حاجته لأمه وهو في كلتا الحالتين لاغنى له عن أحدهما بالآخر إطلاقا، لأن الطفل وإن كان لدى أمه المطلقة أو المتوفي عنها زوجها فيجب أن يكون الإشراف عليه من قبل الأب أو الولي على النفس في حال عدم وجود الأب ، فالحضانة من الأم وقريباتها والرعاية والتربية والتوجيه من الأب وأقارب الطفل العصبات أولياء النفس . وإذا انتقل الطفل لحضانة أبيه فيجب أيضا أن لا يحرم من أمه .

ورد في المادة ١٥٤ من القانون الأردني للأحوال الشخصية :

الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ، ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب أبي حنيفة .

م ٢٠٣ من مشروع قانون الأمارات :

ف أ : يثبت حق حضانة الطفل للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب الآتي[1] :

١ ـ الأم .
٢ ـ أم الأم وإن علت .
٣ ـ أم الأب وإن علت .

(١) ورد في ترتيب الحاضنات في القانون التونسي كلمة ثم أبوه بين كلمتي جدة المحضون ثم أخته ولعلها من أخطاء الترجمة لأن هذا القانون وضع بالفرنسية أولا ثم ترجم للعربية . . . ولله في خلقه شئون .

٤ ـ الأخوات بتقديم الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب .
٥ ـ بنت الأخت الشقيقة .
٦ ـ بنت الأخت لأم .
٧ ـ الخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات .
٨ ـ بنت الأخت لأب .
٩ ـ بنات الأخ بالترتيب المتقدم في الأخوات .
١٠ ـ العمات بالترتيب المذكور .
١١ ـ خالات الأم بالترتيب المذكور .
١٢ ـ خالات الأب بالترتيب المذكور .
١٣ ـ عمات الأم بالترتيب المذكور .
١٤ ـ عمات الأب بالترتيب المذكور .

ف ب : إذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الالتحاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة .

ف جـ : فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الطفل من الرجال غير العصبات على الترتيب التالي :
الجد لأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الأخوال بتقديم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأم.

ف د : إذا رفض الحضانة من يستحقها من النساء أو الرجال انتقل الحق إلى من يليه .

ومصدر هذه القوانين هو الشريعة الإسلامية والدليل على ذلك هو سنة رسول الله ﷺ المصدر الثاني بعد القرآن الكريم وكذلك إجماع الصحابة . فقد روى عبدالله بن عمرو بن العاص أن امرأة جاءت النبي عليه السلام تشكو زوجها الذي

طلقها ويريد ضم طفلها إليه فقالت له : « يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني » : فقال لها عليه الصلاة والسلام : « أنت أحق به مالم تتزوجي »(١) .

والدليل الثاني بعد السنة هو الإجماع فقد قضى أبو بكر رضي الله عنه لزوجة عمر رضي الله عنه بضم ابنها عاصم إليها بعد أن ادعى كل من أبويه حضانته فقال له أبو بكر : « ريحها ومسها خير له من الشهد عندك » وكان هذا القضاء بحضور الصحابة ولم ينكر أحد منهم ذلك فكان إجماعا .

وعلى هذا سارت القوانين العربية فأعطت الأم حق حضانة طفلها سواء أكانت زوجة مع أبيه أم كانت مطلقة منه أم كان متوفي عنها ما دامت شروط أهلية الحضانة متوفرة لديها وإلا انتقلت إلى من يليها بالترتيب المقرر .

وإذا تساوت النساء بدرجة قرابتهن للطفل كوجود عدد من الشقيقات أو عدد من بنات الأخوات قدمت ذات القرابتين أي من تتصل بالطفل بالأم والأب على الأخت لأم والأخت لأب ، كما تقدم قرابة الأم على قرابة الأب لأن حق الحضانة يثبت للأم أولاً .

أما إذا تساوت النساء الحاضنات بالدرجة والقوة كعدد من الأخوات الشقيقات اختار القاضي من كانت أقدر على تربية الطفل ورعايته(٢) .

ولا بد أن نشير إلى أن الأب في جميع الحالات له الولاية على نفس الطفل وعلى ماله ـ وسيأتي بحث الولاية ـ فالأب ولي على نفس الطفل وماله والأم تشرف على ولاية حضانته لأنها أكثر شفقة ورفقا به غالبا كما أنها أصبر على تحمل مشاق الطفولة في هذه الفترة من أبيه .

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٩ زاد المعاد ج ٤ ص ١٢٢ فتح القدير ج ٣ ص ٣١٤ .

(٢) وقد سار القضاء الشرعي على أن انتقال الطفل المحضون من أمه إلى جدته لأمه مثلا لا يحتاج إلى حكم قضائي وتستطيع الأم أن تسلم الولد إلى من يليها بالحضانة إذا سقطت عنها الأهلية المطلوبة .

حضانة العصبات[1] :

أذا لم توجد إحدى الحاضنات وفق الترتيب السابق أو وجدت ولكن لم تكن أهلا للحضانة انتقلت الحضانة للعصبات المحارم حسب ترتيب الميراث وكذلك تنتقل إليهم الحضانة إذا انتهت الفترة المخصصة لها عند النساء مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة .

وترتيب العصبات :

الأب ثم الجد ثم الشقيق ثم الأخ من أب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب فالعم الشقيق فعم الأب الشقيق . . وإذا لم يوجد أحد من العصبات الرجال المحارم لحضانة الصغير أو وجد وليس أهلا للحضانة انتقل هذا الحق لذوي الأرحام وهم : الجد لأم ثم الأخ[2] لأم ثم ابن الأخ لأم فالعم لأم فالخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأم[3] .

---

(١) البدائع ج ٤ ص ٤٢ رد المختار ج ٣ ص ٥٦٤ تبين الحقائق ج ٣ ص ٤٨ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢١٥ حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٣٧ . منتهى الإرادات ج ٢ ص ٣٨٦ .

(٢) يختلف مفهوم ذوي الأرحام في الميراث عنه في الحضانة فالأخ لأم يعتبر من ذوي الأرحام في الحضانة بينما يعد من أصحاب الفرائض في الميراث راجع التركات والمواريث للدكتور مصطفى السباعي وعبدالرحمن الصابوني ص ٥٣٧ .

(٣) هذا هو ترتيب الحنفية والذي سارت أكثر القوانين العربية وهناك بعض الاختلاف اليسير في بقية المذاهب الفقهية فالإمام مالك رحمه الله يرى أن الخالة تلي الأم بالحضانة لأن الخالة أم لقوله ﷺ « الخالة أم » وقال الحنابلة أن الذي يلي الأم وأم الأم هو الأب وأم الأب ، وفي رواية عن الإمام أحمد أن ام أم الأب تأتي بعد أم الأب وأنها أحق من أم الأم وقال الشافعية الأخت من الأب أولى بالحضانة من الأخت من الأم ومن الخالة وإن أم الأب تأتي بعد أم الأم .

ومرد الخلاف بين الفقهاء في هذا الترتيب هو عدم وجود نص يحسم الخلاف في الأولوية للحضانة . وكذلك فإن المالكية يقدمون الوصي بالحضانة على سائر العصبات ذكراً كان أو انثى وعلى هذا فالأم ثم النساء من جهة الأم ثم لأم الأب والنساء من جهة الأب ثم الوصي من العصبات .الانصاف ج ٣ ص ٣٧٢ تبين الحقائق ج ٣ ص ٤٧ الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١١٨ مواهب الجليل ج ٤ ص ٢١٥ المهذب ج ٢ ص ١٨١ كشاف القناع ج ٣ ص ٣٢٦ المغني ج ٩ ص ٣٠٧ زاد المعاد ج ٤ ص ١٢٣ .

فـإن لم يكن للصغير أحـد من ذوي الأرحام كـانت الحضانـة لأقربـائه غـير المحـارم، على أنـه لا حق للإنـاث في حضانـة الغلام كـما أنـه لا حق للرجـال في حضانة البنات.

فلا حق لبنات العمة والعم والخال في حضانة الذكور لعدم المحرمية ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لبني العم والعمة والخال والخالة في حضانة الإناث وإنما هم الحق في حضانة الذكور .

فإن وجدت انثى محضونة لا قريب لها إلا ابن عم لها فالحاكم يختار من هو الأصلح ، إما أن يسلمه بنت عمه لحضانتها أو يسملها إلى أنثى ثقة أمينة تسهر على رعايتها ، وذلك لأن ابن العم لا يحق له حضانة ابنة عمه ولو كان مأموناً في دينه وخلقه إلا إذا كانت الطفلة صغيرة جداً بحيث لا يخشى عليها من الفتنة .

ومن الجدير بالذكر أن ذوي الأرحام في الحضانة أخص من ذوي الأرحام في الميراث ، لأن المراد بذوي الأرحام في الحضانة هو كل قريب ذي رحم من المحضون غير عصبة لأننا لو اطلقنا القول بذوي الأرحام لشمل كل ذي رحم من النساء ولم يكن محرماً مع أنه لاحق لبنات العمة في الحضانة ولا لبنات الخالة لأنهن غير محارم وجاء في البزازية : إن ولاية الإنكاح مناطة بالرحمية فقط وحق الحضانة منوط بالرحمية مع المحرمية .

المبحث الثاني
أهلية الحضانـــة

أهلية الحضانة في القوانين العربية :

جاء في المادة ٢٠٤ من مشروع قانون الأمارات :

م ٢٠٤ من مشروع قانون الأمارات :

ف أ : يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة على الولد قادرة على تربيته وصيانته غير مرتدة عن الإسلام ولا ممسكة له عند من يبغضه .

ف ب : ويشترط في الحاضن أن يكون بالغا عاقلا أمينا على الولد قادرا لى تـربيته والمحافظـة عليه وأن يكون متحدا معه في الدين .

٢ ـ جاء في الفصل ٥٨ من مجلة الأحوال الشخصية في تونس :

يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيـام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية ، ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يحضن من النساء وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها إلا إذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليا له أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أما ووصية عليه في آن واحد .

وفي الفصل٥٩ : إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة .

« وقد وردت شروط الحضانة في القانون السوري في المواد ١٣٧ ، ١٣٨ والمغربي م ٩٨ والأردني م ١٥٥ والمشروع الكويتي ١٣٨ والمادة الثالثة من المنشور السوداني رقم ١٣٨ سنة ١٩٢٧ ومشروع الأمارات م ٢٠٤ » . .

أهلية الحضانة في الفقه الإسلامي مصدر القوانين العربية :

١ ـ أن تكون الحاضنة قريبة للطفل وذات رحم محرم منه كالأم والأخت فلا حضانة لغير القريبة وإن كانت محرما له كالأخت من الرضاع ولا حضانة للقريبة غير المحرم كبنت العم »[١] .

٢ ـ أن تكون بالغة لأن الحضانة رعاية للصغير وسهر على تربيته والصغيرة هي نفسها محتاجة إلى من يرعاها[٢] .

٣ ـ أن تكون عاقلة وذلك لأن الحضانة ولاية تتطلب العناية بالغير والمجنون يحتاج لولاية غيره عليه ، فلا يجوز إذن للمجنونة أو المعتوهة أن تكون حاضنة حرصا على مصلحة الصغير وحفظا على حياته وسواء في ذلك أكان الجنون مستمرا أو متقطعاً[٣] .

٤ ـ أن لا تكون مرتدة لأن المرتدة جزاؤها القتل أو الحبس حتى تسلم أو تتوب وهذا يتنافى مع حضانة الطفل[٤] .

٥ ـ أن لا تمسكه في بيت فيه من يبغضه لأن هذا يعرض الطفل للأذى والضرر ومناط الحضانة هو مصلحة الصغير كما لو كان في بيت بينه وبين أب الطفل نزاع وخصومة وما يزال الخلاف قائماً لدى القضاء مثلاً .

---

(١) البدائع ج ٤ ص ٤٢ .

(٢) إذا ادعت المراهقة البلوغ فإنها تأخذ حكم الكبيرة . رد المحتار ج ٢ ص ٦٧١ المغني ج ٩ ص ٢٩٦ .

(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٢٧ مواهب الجليل ج ٤ ص ٢١٥ نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٣ الام ج ٥ ص ٧٤ .

(٤) راجع حكم زواج المرتد والمرتدة وطلاقهما في هذا الكتاب .

٦ ــ ويشترط اتحاد الدين بين المحضون والحاضن إن كان من الذكور العصبات دون خلاف أما إن كانت الحاضنة الأم فلا يشترط اتحاد الدين مع المحضون فإذاتزوج مسلم مسيحية ثم طلقها أو مات عنها بعد أن جاءت بولد فالولد مسلم لأنه تابع لأبيه وتبقى أمه حاضنة له رغم اختلاف الدين ما دام صغيرا غير مميز مالم يتبين خطر الأم على دين المحضون بأن تقوم بتعليمه مبادىء دينها وكان الطفل يعقل ذلك ففي هذه الحالة تسقط حضانتها(١) .

هذا ما ذهب إليه الحنفية فقد نصت المادة ٣٨١ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : الحاضنة الذمية أما كانت أو غيرها أحق بحضانة الولد كالمسلمة حتى يعقل دينا أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام .

وقد نص القانون المغربي في الفصل ١٠٨ والقانون التونسي في الفصل ٥٩ : إذا كانت الحاضنة على غير دين أبي المحضون ولم تكن أما لم يكن لها حق الحضانة إلا في السنين الخمس الأولى من عمر المحضون فإذا كانت الحاضنة أما صحت حضانتها بشرط أن لا يتبين استغلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه .

ونلاحظ في هذا القانون أنه فرق بين الأم فلم يشترط فيها اتحاد الدين مع المحضون وبين غيرها من الحاضنات حيث يشترط اتحاد الدين .

على أن فقهاء الحنابلة والشافعية قالوا لابد من اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون لأن اختلاف الدين مانع من موانع الحضانة ولأن الحضانة ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم وبخاصة وأن النبي ﷺ يقول : « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه » .

ويمكن تلخيص ما ذهبت إليه القوانين العربية ومصادرها الفقهية بما يلي :

أ ــ قال الحنفية والمالكية : لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون لأن

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٤٩ رد المحتار ج ٢ ص ٨٧١ .

مـدار الحضانـة الشفقة والأم أشفق عليـه من غيرهـا ولا تقل هـذا الشفقة باختلاف الدين إلا إذا عقل الصغير الأديان فإنه ينزع من حضانتها لاحتمال حدوث الضرر بتعلمه دين حاضنته وعبادتها[1] .

ب ــ وقال الشافعية والحنابلة أن اتحاد الدين بين الحاضنـة والمحضون شـرط من شروط الحضانة[2] .

جـ ــ وتوسط القانون المغربي فلم يشترط اتحاد الدين إن كانت الحاضنة أما أما سواها من الحاضنات فيشترط اتحاد الدين .

د ــ أما مشروع قانون الأمارات المتحدة فقد فرق بين فترتين من عمر الطفل خلال حضانته لدى أمه أو غيرها من الحاضنات دون تفريق بينهما .

م ٢٠٦ : الحاضنة غير المسلمة أما كانت أو غيرها تستحق حضـانة الـولد المسلم حتى يعقل الأديان أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام وإن لم يعقل الأديان .

وفي جميع الأحوال لا يجوز إبقاء هذا الولد عند هذه الحاضنة بعد تمام الخامسة من عمره .

والذي نراه ضمانا لسلامة وحسن نشأة هذا الطفل وجوب اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون لأن الحاضنة قد ترى من تمام الشفقة على الطفل أن ينشأ على دينها لأنها تراه دين الصواب وفق عقيدتها .

وقد أوضح المشروع الموحد التفرقة بين الأم وغيرها من الحاضنات في هذا الموضوع بشكل دقيق وجيد حين قال :

م : ١٣٥ : إذا كانت الحاضنة على غير دين أبي المحضون أو لم تكن أما ، سقطت

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٨٩ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٢٩٧ زاد المعاد ج ٤ ص ٢٥٨ نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٣ ويقول الشافعية لا حضانة لغير المسلم على المسلم إما حضانة المسلم لغيره فأمر جائز .

حضانتها بإكمال المحضون السنة الخامسة من عمره ، أما إذا كانت أما فتستمر حضانتها ما لم يتبين استغلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه .

٧ ـ أن تكون قادرة على رعاية الطفل والمحافظة عليه صحة وخلقا وأن لا تكون مشغولة عن الطفل بما يحول بينها وبين القيام على تربية المحضون .

ونلاحظ في هذا الشرط ثلاثة أمور :

أ ـ القدرة على رعاية الطفل وصحته .

ب ـ السهر على تربية الطفل .

جـ ـ أن لا تكون مشغولة عن الطفل .

أ ـ أما القدرة على رعاية الطفل وصيانته : فيجب أن تكون الحاضنة قادرة على القيام بشؤون الطفل ، فإن كانت مريضة مرضا معديا فهي غير أهل للحضانة لأنها تؤذي الطفل وينتقل المرض إليه ولهذا نصت بعض القوانين صراحة على وجوب خلو الحاضنة من الأمراض المعدية كما في قوانين السودان والمغرب[1] .

وجاء في المنشور السوداني رقم ٣٨ لعام ١٩٢٧ : إن مرض الحاضنة مرضا معديا يسقط حضانتها للمحضون وكذلك سكناها مع مريض مرضا معديا ، كما ورد فيه أيضا ليس للأعمى حق الحضانة إذا لم يكن معه من يحضن الطفل .

وقد أحسن المشرع السوداني صنعا فإن هذا الشرط يتفق مع مصلحة الطفل إذ كيف يترك طفل في بيت فيه مريض بمرض معدي ينتقل إلى جميع سكان هذا البيت بل كيف يمكن للأعمى أن يكون مربيا لطفل صغير إذا لم يكن لديه من يقوم بحضانته ، وهذا الشرط ذكره فقهاء المالكية[2] والشافعية[3] وأشار إليه أيضا من فقهاء الحنفية ابن

---

(١) نظام الأحوال الشخصية في السودان للدكتور الصديق الضرير ص ١٢٤ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٧٠ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧٢ ص ٢١٩ .

عابدين[1] .

ب ـ وأما السهر على تربية الطفل وذلك بأن تكون الحاضنة على الصغير أمينة فالمرأة الفاسقة التي لا تقيم وزنا للخلق الفاضل لا يجوز أن تكون حاضنة لأن سوء سلوكها ينعكس على تصرفات هذا الطفل فيخشى العدوى منها كانتقال المرض إلا إذا كان الطفل في سن يعقل ما يرى حوله من أشياء . هذا إذا لم يكن سوء سلوكها يؤدي إلى الإهمال الشديد فتسقط حضانتها حينئذ وينزع الطفل من يديها إلى من يليها من الحاضنات[2] . جاء في قرار محكمة النقض السورية[3] :

إذا كان الفجور يستدعي ترك الولد مشردا بسبب خروج الفاجرة من منزلها استجابة لرغبتها فإنه يسقط حق الحضانة مهماكان سن الصغير .

أما إذا كان الفجور ينجم عنه فساد أخلاق الصغير فإنه يشترط بلوغ المحضون سنا يعقل فيها التمييز بين الضار والنافع[4] .

جـ ـ وأن لا تكون مشغولة بما يحول بينها وبين القيام على تربية المحضون بأن يكثر خروجها من المنزل سواءأكان ذلك بسبب عمل كما لو كانت موظفة أو كان خروجها لأمر آخر فالعبرة هنا في الخوف على الولد من الضياع والإهمال من كثرة خروجها ومغادرتها منزلها .

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٨٧١ .

(٢) لقد عدد القانون المغربي من شروط أهلية الحضانة شرط الاستقامة أخذاً من المذهب المالكي .

(٣) مجلة القانون السورية العدد ٣ ص ٣٨٧ .

(٤)، قدرت محكمة النقض السورية السن الذي يفقه فيه الطفل الضرر الذي يلحق به سوء سلوك حاضنته بالخامسة من عمره وهذا يتفق مع رأي بعض الفقهاء .

هل يسقط عمل المرأة خارج المنزل حضانتها لطفلها ؟

إن عمل المرأة بالنسبة لحضانتها يجب أن ينظر إليه على ضوء مصلحة الطفل وقد بحث فقهاؤنا هذا الموضوع واجتهد فيه القضاء المعاصر على أساس قدرة الأم الحاضنة وتفرغها وعدم انشغالها عن طفلها بخروجها المتكرر من بيتها بحيث تترك هذا الصغير فيتعرض للضرر والأذى نتيجة الإهمال .

إن مناط انتقال حق الحضانة ليس هو الاحتراف أو العمل وإنما المناط هو مصلحة الطفل وخشية ضياعه وإهماله لحاجته إلى الرعاية والرضاع والعناية به .

وبناء على ذلك يمكننا أن نحدد عمل المرأة الموظفةو مدى تأثيره على رعاية الطفل . فالأم التي تعمل يومها خارج المنزل تهمل واجبها الأساسي نحو طفلها فمن مصلحة الطفل أن تنقل حضانته إلى من يلي هذه الأم من الحاضنات لأن وجود الخادمة في المنزل لا يغني عن الأم بديلا فالشارع الحكيم حين رتب الأولوية في الحضانة وفضل الأم على غيرها حتى على الأب إنما نظر أولا وقبل كل شيء إلى ما يجب أن يقدم لطفل من مزيد الاهتمام والعناية من أمه بالذات لا من قبل أية امرأة أخرى خادما كانت أم قريبة فقد أثبت العلم الحديث أن وجود الطفل بين أبويه يكسبه نموا وذكاء لا يحصل عليه إن كان بعيدا عنهما .

إن غياب الأم تسع ساعات على الأقل في اليوم الواحد عن طفلها يجعله بعيدا كل البعد عن حنانها وعطفها ورعايتها .

لتعمل الأم ما شاءت على أن يكون العمل شريفا وفي مجتمع نظيف ولينتقل الطفل إلى من يرعاه بعد أمه بالحضانة لدى إحدى قريباته وبهذا تؤمن مصلحة الأم ومصلحة الطفل دون إضرار أحدهما بالآخر(١) .

---

(١) هذا إذا لم يكن في عمل المرأة خارج المنزل ما يخالف أحكام الدين الإسلامي فهذا أمر محرم سواء أكانت حاضنة أم لم تكن .

والـذى أراه في هذا المـوضوع أنـه يجب أن نفرق بـين مرحلتـين من عمـر الطفل الذي ما قبـل الخامسـة وما بعـدها إلى السـابعة أو التـاسعـة نهايـة فتـرة الحضانة لدى الأم .

ففي الفتـرة الأولى لا يمكن للطفـل أن ينمـو نمـوه الـطبيعي من حيث استعـداده الفطري بجميـع ملكاتـه إلا إذا كـان في جـو يملؤه العـطف والشفقـة والحنان ، فالمربية والخادمة لا تصلحان للقيام بذلك بـديلا عن أم الـطفل . أمـا في الفترة الثانيـة فيمكن للأم أن تتـرك طفلها في مـدرسته حينئـذ ترعـاه بحنانها وظـل أشرافهـا وقد استقـر الاجتهاد القضـائي في سوريـا على أن الأم إن كـانت مدرسة وتصطحب طفلها معها لمدرستهـا فإن حضـانتها لا تسقط لأن رعايتها له لم تنقطع بعملها ولم تهمل واجبها نحوه .

غير أن تعديلا جديـدا لقانـون الأحوال الشخصيـة السوريـة أعطى لـلأم الموظفة حق الاستمـرار بحضانتهـا لطفلهـا إذا كانت تؤمن لـه الرعـاية بـطريقة مقبولة[1] .

فقـد جاء في المـادة ١٣٩ الفقرة ٢ من القـانون السـوري : لا يسقط حق الحـاضنة بحضـانة أولادهـا بسبب عملها إذا كـانت تؤمن رعايتهم والعنـاية بهم بطريقة مقبولة[2] .

إن انتقال حق حضانـة الطفـل من الأم الموظفـة العاملة إلى من يليهـا من الحـاضنات كـأمها مثـلا يجب أن لا يفسر بنقص أو سلب حقـوق الأم أو الطعن

(١) لقـد قررت محكمـة الاستئناف الشرعية في مصـر في بعض قراراتهـا : أن احتراف المـرأة التمثيـل والرقص على المسرح مسقط للحضانة شرعا . الأحوال الشخصية للأستاذ محمد معـوض سرحـان ص ٤٤٦ .

(٢) لم نوافق على هـذا التعديـل حين إعـداده وانتقدنـا ما ذهب إليـه وذلك في كتـابنا شـرح الأحوال الشخصية الجزء الثاني ص ٢٣٤ .

لكرامتها أو حنانها إنما المقصود من شروط الحضانة التي ذكرها الفقهاء ونصت عليها القوانين هو تأمين مصلحة الطفل بقدرة أمه على حضانته قدرة تمكنها من الإشراف المباشر عليه في مأكله ومشربه وكل حركة من حركاته .

إن نظام الحضانة في الشريعة الإسلامية حريص على إيجاد أنقى الأجواء وأسلم السبل وأفضل البيئات ليفتح هذا الطفل عينيه فيجد نفسه محاطا بكل عناية واهتمام(١) .

٨ ـ أن لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي من الصغير :

وذلك لأن زوج الأم قد يكره الصغير فيمنع أمه من رعايته مما يسبب ضررا وأذى للطفل ، أو قد تهمل الأم طفلها لقيامها بواجباتها الزوجية نحو زوجها الجديد أو أطفالها الجدد .

---

(١) تقول مؤلفة كتاب أطفال بلا أسر أن بداية الكلام الحقيقي تنمو على أساس الصلة المباشرة بين الطفل ووالديه فإن الطفل يدرك بغريزته كل انفعال يثيرانه فهو يراقبهما ويقلد التعبيرات المختلفة التي تظهر على وجهيهما وهذا الانفعال العاطفي التقليدي له من القوة ما يدفعه إلى الكلام .
وجاء في كتاب : نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام لمؤلف هذا الكتاب ص ١٩٥ لئن استطاعت المحاضن أن تقدم للطفل كل ما يحتاجه جسمه من رعاية واهتمام فلن تستطيع أن تقدم له الرعاية الكاملة لعقله وشعوره ووجدانه فهو بحاجة ماسة إلى العطف الذي لا يجده لدى غير أمه ، العطف والحنان اللذان لا يقومان بالأجر اليومي ولا المرتب الشهري بل هي غريزة الفطرة التي أودعها الله في قلب الأم نحو طفلها .
ولقد قام الأستاذ / وين / دينس الحائز على شهادة دكتوراه من جامعة كلارك والذي يعتبر من ألمع أساتذة علم النفس في الولايات المتحدة الأمريكية بجولة علمية من قبل المؤسسة الوطنية الأمريكية للأمراض العقلية وزار عدة بلدان منها : لبنان والولايات المتحدة وانكلترا وهولندا وألمانيا واليونان وإيطاليا واطلع على دور الحضانة فيها فتبين له مدى الفرق الهائل في مستوى الذكاء لدى الأطفال من بيئة إلى أخرى وأثبت في تقرير أن الذكاء ينخفض لدى الطفل الذي يعيش مع عشرةأطفال فقط وتشرف على تربيتهم مربية واحدة إلى مايزيدعن ٤٠٪ من نسبة الذكاء لدى غيره من الأطفال الذين ينشأون في جو عائلي أسري .

جـاء في المـادة ١٥٦ من القـانـون الأردني والمـادة ١٣٧ من القـانـون السـوري : عقـد زواج الحـاضنـة بغـير قـريب محـرم من المحضـون يسقط حضانتها .

ويكفي مجرد العقد لسقوط الحضانة وفق ما ذهب إليـه جمهور الفقهـاء من الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] الذين لم يشترطـوا الدخـول وقال المـالكية[٤] لابد من الدخول لسقوط الحضانة .

أمـا إذا تـزوجت بـذي رحم محـرم من الصغـير كعمـه مثـلا فـلا تسقط حضانتها لشفقة العم على ابن أخيه غالبـا إلا إذا ثبـت خلاف ذلـك ، والفائـدة من هـذا الشـرط هـو حمـايـة الـطفـل بـوجـوده في بيت ينعم بـالأمن والهـدوء والسرور .

أمـا إذا كانت متـزوجة بقـريب غير محـرم كـابن عم الـطفـل أو تـزوجت بمحـرم غير قـريب للطفل كعم الـطفل الـرضاعي ففي هـاتـين الحـالتـين تسقط حضانة الأم أيضا .

هل تبقى الأم المتزوجة حاضنة لطفلها إذا اقتضت مصلحته ذلك ؟

لقـد أثار الفقيـه العلامـة ابن عـابـدين سؤالا وهـو أن زوج الأم الأجنبي عن الصغـير إذا كان أكـثر شفقة من الحـاضنة التي ستنقـل إليها فيـما لو سقـطت حضانة الأم بزواجها هل يبقى مع أمه المتزوجة أم تنقل حضانته إلى أبيه مثلا حيث

---

(١) ردالمحتار ج ٢ ص ٦٣٩ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٧٢ .

(٣) المغني ج ٩ ص ٣٠٧ زاد المعاد ج ٤ ص ٢٥٤٥ .

(٤) الجـامع لأحكـام القرآن للقـرطبي ج ٣ ص ١٦٦ . يقول الإمـام القـرطبي « لا أعلم خـلافـاً من السلف من العلماء في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق برلدهـا من أبيه مـا دام طفلاً صغيـرا لا يميز شيئاً إذا كان عندها في حرز وكفاية ولم يثبت فيها فسق ولا تبرج » .

زوجة أبيه تشرف على حضانته؟

إن وجود الطفل الصغير مع أمه ورعاية زوجها له أو عدم ظلم زوجها له ألا يعد أحسن حالا فيها لو كانت الحاضنة زوجة أبيه تتمنى هلاكه وموته في كل ساعة ؟ ألا نعطي حق تقدير ذلك للقاضي ليرى ماهو أصلح للطفل فيبقى لدى أمه أو ينقل لسواها ؟

يقول ابن عابدين في حاشيته(١) :

... فينبغي للمفتي أن يراعي الأصلح للولد ، فقد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه ، فيريد أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك وقد يكون له زوجة تؤذي الصغير أضعاف ما قد يناله من أذى من زوج أمه الأجنبي وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم ، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئا من ذلك ، لا يحل له نزعه من أمه لأن المدار في أمر الحضانة على نفع الولد ، وسقوط الحق في الحضانة أو عدم سقوطه مرده عدم النفع للصغير أو تحققه .

ويتابع ابن عابدين قوله : ..... إن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها الحق ... لأن الأجنبي لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما إذا كانت في عيال ذلك الأجنبي أو كانت زوجة له فسقوط الحضانة بذلك مرده رفع الضرر عن الصغير .

وخلاصة رأي ابن عابدين أن الأم إذا تزوجت يجب النظر إلى مصلحة الطفل في بقائه لدى أمه أم انتقاله لغيرها من الحاضنات على أن يراعي القاضي ظروف زوج الأم من حيث السن والإنفاق فقد يكون زوج الأم في

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٨٨ .

سن يأبى عليه أن يظلم طفلا بريئا بل قد يقدم له من المعونة والإحسان والمحبة والشفقة أكثر مما يجده لدى من تنقل إليه حضانته وقد تكون الأم في وضع مادي يسمح لها بالنفقة على طفلها وحتى على زوجها متبرعة بما يجعله يوافق على وجود الطفل في بيته .

على أن ما ذهب إليه ابن عابدين لا يتفق مع ما قرره فقهاء المذاهب الخمسة : الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية .

ولهذا جاء الفقيه الحنفي الرافعي[1] وتعقب ابن عابدين فنقل عن السندي[2] ما يفيد عدم صحة ما ذهب إليه من رأي ، لأن حضانة الأم تسقط بزواجها بأجنبي .

قال العلامة السندي : أفاد الحديث سقوط حضانتها بالتزوج فلا يلتفت إلى شفقة زوجها ويعني بالحديث الذي مر ذكره (أنت أحق به مالم تنكحي) .

مايراه فقهاء الظاهرية

ويرى فقهاء الظاهرية عدم سقوط حضانة الأم بزواجها بأجنبي لأن الحديث المذكور لم يصح لديهم ، وفي هذا يقول ابن حزم في المحلى[3] :

« الأم أحق بحضانة الصغير والابنة الصغيرة . . . تزوجت أو لم تتزوج » ويرد ابن حزم على جمهور الفقهاء الذين قالوا بسقوط حضانة الأم المتزوجة

---

(١) التحرير المحتار على رد المحتار ج ١ ص ٢٤٧ .

(٢) السندي من كبار فقهاء الحنفية المتأخرين توفي عام ١٢٥٧ هـ من مؤلفاته طوالع الأنوار شرح الدر المختار وهو من أهم مخطوطات الفقه الحنفي للمتأخرين ويقع في نحو ١٦ مجلد ، توجد نسخة منه في مكتبة مخطوطات الأزهر رقم (١٩٨٧) .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٣٢٣ .

بأجنبي من الطفل بقضاء رسول الله ﷺ .

عن البراء بن عازب أن أبنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد بن حارثة في أيهم تكون عنده : فقال زيد هي ابنت أخي (لأن الرسول عليه الصلاة والسلام آخى بينه وبين حمزه) وقال علي هي بنت عمي . وقال جعفر هي بنت عمي وخالتها زوجتي فقضى رسول الله ﷺ لجعفر بضم حضانة البنت إليه مع أن خالتها متزوجة بجعفر فلم يسقط حضانتها بهذا الزواج(١) .

ويناقش ابن القيم الجوزية هذا الحادث بأن حق الحضانة للمتزوجة يسقط بزواجها مراعاة لحق الزوج لأنها تشتغل بالقيام بحقه وخدمته فإذا رضي الزوج بالحضانة وأثر كون الطفل عنده وفي حجره فلا تسقط الحضانة ويقول : وهذا هو الصحيح لأنه مبني على أصل هو أن سقوط الحضانة بالنكاح هو مراعاة لحق الزوج .

ثم يرد ابن القيم عل ابن حزم الظاهري بقوله : وإذا تعارض معنا في الاحتجاج قول ابن حزم وقول البخاري وأحمد وأمثالهم لم نلتفت إلى سواهم(٢) .

والذي نراه في هذا الموضوع :

١ ــ فيما يتعلق بحديث : (أنت أحق به مالم تتزوجي) لا نناقش علماء الحديث حول صحة هذا الحديث فقد تكلم كثيرون في هذا الموضوع بعد أن ذكر ابن القيم الجوزية بأن الحديث ليس مرسلاً ولا منقطعا ولكننا نقول هل هذا الحديث عام غير مخصص ومطلق غير مقيد ؟

٢ ــ إن المدار في أمر حضانة الطفل يعود على مصلحته أو نفعه أو ضرره .

---

(١) سنن أبي داوود ج ٢ ص ٣٨١ . نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٨ .

(٢) زاد المعاد ج ٤ ص ١٣١ .

ولـذلك نجـد الفقهاء الـذيـن قالـوا بسقوط حضـانة الحـاضنـة بـزواجهـا استثنوا أكثر من عشر حالات [1] .

ومما يؤكد ذلك التخصيص هو قضاء رسول الله ﷺ لـزوجة جعفـر بن أبي طالب بحضانة ابنة حمزةولم يسقط حضانتها بزواجها [2] .

ومـا ذكره ابن القيم من أن سكـوت جعفر بن أبي طـالب زوج خالـة ابنة حمزة يعد دليلا على رضـاه فلا تسقط الحضـانة غـير مسلم به لأن عمـوم الحديث يفيد سقوط الحضانة بمجـرد الزواج دون النـظر إلى موافقـة الزوج أو رضـاه وهو

---

(١) الحالات التي لا تسقط حضانة الأم بزواجها بأجنبي :

أ - إذا أرادٍ وصي الصغـير تربيتـه بنفقة مقـدرة من مالـه وتقدمت أمـه المتزوجـة متبـرعـة بنفقتـه فيبقى لديها ولا تسقط حضـانتها لأن حفظ مـاله أنفـع لمالـه من ضياعـه هذا إذا لم تـوجد متبـرعة غير الأم . رد المحتار ج ٢ ص ٨٧٣ .

ب - أن تجتمع الحاضنة بغيرهـا من الحاضنـات المتزوجـات فالقـاضي يضع الـطفل عنـد من يشاء ولا شك أن وجوده لدى أمه المتزوجة أفضل من وجوده لدى غيرهـا من الحاضنـات المتزوجـات . تنقيح الحامدية ج ١ ص ٦١ .

جـ - إذا لم يكن للصغير غير الحاضنة المتزوجة بـأجنبي فإنـه يبقى عندهـا أو وجد سـواها ولم تتـوفر فيه الشروط المطلوبة كما لو كانت الحاضنة الأخرى مريضة بمرض يخشى انتقاله للطفل .

د - إذا رفضت المتبرعة أن ترضع الصغير عند الأم فلا تسقط حضانتها ولو كانت متزوجة .

هـ - إذا رفض الطفل ثدي غير أمه فيبقى لديها وتستمر حضانتها لحياته .

و - إذا لم يطالب من له الحق بـالحضانـة بعد سقـوطها عن الأم بضـم الـطفل إليـه خلال سنـة من زواجها فإن الأم تستمر بحضانة طفلها .

ز - أن تكون الحاضنة وصية على المحضون فلا تسقط حضانتها .

ولا تسقط الحضانة بزواج الأم عند المـالكية أيضـا إذا تزوجت بـولي المحضون مالم يكُن محرما كابن العم مثلاً . وعندا لشافعية قـول بعدم سقـوط حضانـة الأم إذا تزوجت بمن لـه الحق في حضانتـه كـابن عمه أو ابن أخيـه كما ورد في نهايـة المحتاج ج ٦ ص ٢٧٤ الأم للشـافعي ج ٥ ص ٨٠ زاد المعاد ج ٤ ص ٢٥٥ . المغني ج ٩ ص ٣٠٥ حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٩٠ .

راجع بحثاًهاماً في هذا الموضوع للدكتور عبدالعزيـز عامـر في كتابـه الأحوال الشخصيـة ص ٢٥٠ - ٢٦٥ .

(٢) تنقيح الحامدية ج ١ ص ٦١ حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٨٧٣ .

ما قرره فقهاء الحنابلة والحنفية والشافعية [1] .

فقد جاء في نهاية المحتاج[2] :

لا تسقط الحضانة إن تزوجت من له الحق في الحضانة ورضي به بأن يكون عمه أو ابن أخيه وذلك في الأصح لأنهم أصحاب حق فيه والشفقة تحملهم على رعاية الطفل بخلاف الأجنبي .

والرأي الثاني أن حقها في الحضانة يبطل بالزواج ولو تزوجت أحدا من هؤلاء لانشغالها بالزواج ولا حق له في الحضانة لأنه أشبه بالأجنبي [3] .

٣ ـ على القاضي أن ينظر إلى مصلحة الطفل في حال سقوط حضانة أمه ولمن ينتقل هذا الحق فقد يكون زوج الأم أرأف وأشفق من زوجة الأب ثم أن الحديث المذكور لا يفيد أكثر من أفضلية الأب على الأم في حال زواجها فإن لم يكن هناك أب فهل يسري الحكم أيضا على غيره من الحاضنات[4] ؟ .

إن زواج الأم يسقط حضانتها إذا نازعها الأب ، هذا ما يفيده الحديث الشريف أما إذا كان المنازع لها غير الأب فأمر آخر وكذلك غير الأم فهل يسقط حقها بالحضانة إذا تزوجت وكان المنازع لها غير الأب .

لهذا فإني أميل إلى منح القاضي صلاحية النظر بسقوط حضانة الأم

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٣٨ . الأم ج ٥ ص ٨٠ زاد المعاد ج ٤ ص ٢٥٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٣ .

(٣) جاء في القانون المغربي الفصل ١٠٥ ـ ١٠٦ .

ف ١ زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه يسقط حضانتها ما لم تكن وصيا أو مرضعا لم يقبل غيرها .

ف ٢ سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعدعلمه بالدخول يسقط حضانته .

(٤) المغني ج ٩ ص ٣٠٧ . رد المحتار ج ٢ ص ٦٣٩ .

المتزوجة أو عدم سقوطها على أن يراعى أولا وقبل كل شيء مصلحة الطفل، لأن مدار جميع أحكام الحضانة على وجوب تأمين مصالح الطفل، فلا يجوز أن تتعارض الأحكام بعضها مع بعض وبخاصة وبأن الفقهاء استثنوا حالات كثيرة روعي فيها الأفضل للطفل[1].

وقد أحسن صنعا واضعوا قانون الأحوال الشخصية في دولة الأمارات حين أخذوا بهذا الرأي فكان عملهم هذا المحاولة الأولى في التشريعات العربية بعدم سقوط حضانة الحاضنة بزواجها.

جاء في م ٢١١ من المشروع:

(زواج الحاضنة بغير محرم للصغير لايسقط حقها في الحضانة وللقاضي أن يمنعها من الحضانة إذا رأى استمرارها منافيا لمصلحة الطفل).

نلاحظ فيما ذهب إليه مشروع الأمارات المتحدة:

١ ـ أنه خالف المذاهب الفقهية التي اتفقت على سقوط الحضانة بالزواج بأجنبي وأخذ برأي فقهاء الظاهرية الذين قالوا لا تسقط حضانة الأم إذا تزوجت.

٢ ـ لقد ذهب المشروع إلى أبعد ما ذهب إليه الظاهرية الذين قصروا الأمر على زواج الأم لا على غيرها من الحاضنات لأن زواج الحاضنة غير الأم يشغلها عن حضانة الصغير اهتمامها بزوجها الجديد وأولادها وشئون بيتها بينما نجد رعاية الأم وشفقتها تحول غالبا دون هذا الإهمال لمحضونها ولهذا حبذا لو اقتصر مشروع القانون على عدم سقوط حضانة الحاضنة بزواجها إن كانت أما فقط.

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٩٠.

٣ ـ ومع ذلك فإن مشروع القانون أعطى القاضي الحق في نزع حضانة الصغير من حاضنته إذا كانت مصلحته تقضي بذلك دون أن يحدد الحالات التي تجيز للقاضي ذلك فهل ياترى هي الحالات العامة التي تسقط بها الحضانة ، فإن كانت كذلك فلا تحتاج إلى نص خاص ، وإن كانت هناك حالات خاصة بهذه الحالة فعلى المشرع أن **يحددها بصراحة** ووضوح .

وقد اتجه مشروع القانون الموحد هذا **الاتجاه** فيما ورد في المادة ١٣٤ : يشترط في الحاضنة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها ، إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون .

ونرى أن المشروع الموحد أضاف الدخول إلى الزواج ولم يكتف بمجرد العقد كما ذهب جمهور الفقهاء لسقوط الحضانة مبدئيا إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون استمراره عند حاضنته .

المبحث الثالث

انتقال الحضانة وعودتها

إذا وجد مانع من موانع أهلية الحضانة فإن الحضانة تسقط وتنتقل إلى من يلي الحاضنة بالترتيب كما لو تزوجت الحاضنة بأجنبي أو أصيبت بمرض معد أو جنون ثم شفيت من مرضها أو طلقها زوجها فهل تعود إليها حضانة طفلها ؟ .

لقد نصت أكثر قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية[1] على أن الحضانة إذا سقطت[2] ثم زال سبب زوالها فإنها تعود لمستحقها .

وقد ورد في مشروع قانون دولة الأمارات العربية المتحدة :

م ٢١٢ : حق الحضانة لا يسقط بالإسقاط وإنما يمتنع بموانعه ويعود بزوالها .

م ٢١٣ ف أ : يسقط حق الحضانة بسكوت من له الحق فيها مدة سنة كاملة من يوم علمه باستحقاقه إياها .

ف ب : ولا تسقط الحضانة بسكنى من له الحق فيها مع من سقطت حضانته .

ومصدر هذه التشريعات هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية[3]

---

(١) وهذا ما ورد في الفصل ١١٠ من القانون المغربي في المادة ١٤١ من القانون السوري والمادة ١٥٨ من القانون الأردني .

(٢) يرى فقهاء المالكية أن لابد من الدخول لسقوط حضانة الحاضنة إذا تزوجت بأجنبي بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن مجرد العقد يكفي لذلك .

(٣) حاشية الدسوقي عل الشرح الكبيرج ٢ ص ٤٩٠ .

والشافعية[1] والحنابلة[2] خلافا لما قرره فقهاء المالكية من أن الحضانة إذا سقطت بالزواج ونحوه فإنها لا تعود للحاضن ولو زال المانع[3] وقال جمهور الفقهاء : إن الحكم الثابت بعلة يزول بزوالها ، وعلة سقوط الحضانة هو الزواج مثلا فإن طلقت الزوجة زالت العلة فيجب أن يتغير الحكم لأن الحكم يدور مع علته .

أما الإمام مالك رحمه الله فقد دافع عن رأيه بأن قوله عليه الصلاة والسلام : أنت أحق به مالم تتزوجي هو للتوقيت أي أن حقك بالحضانة مؤقت إلى حين زواجك فإذا تزوجت انقضى وقت حضانتك فلا تعود بعد انقضائها .

على أن جمهور الفقهاء الذين قالوا بعودة الحضانة اختلفوا في حال طلاق الزوجة هل تعود إليها حضانة طفلها بمجرد الطلاق لو كان رجعيا أو يشترط أن يكون الطلاق بائنا ، على رأيين :

فالحنفية قالوا أن الطلاق الرجعي لا يعيد الحضانة إلا بعد انتهاء العدة ، أما في الطلاق البائن فتعود الحضانة فور وقوعه وذلك أن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية قبل انتهاء العدة لثبوت بعض آثار الزواج خلال هذه الفترة كالتوارث بين الزوجين فيما لو مات أحدهما والزوجة معتدة بخلاف الطلاق البائن .

وقال بعض الفقهاء أن مجرد الطلاق سواء أكان رجعيا أم بائنا يعيد للحاضنة حقها بحضانة المحضون لأن المطلقة لم يعد لديها مانع من خدمة طفلها ورعايته بحضانتها له بعد طلاقها

---

(١) رد المحتار ج ٣ ص ٥٤٨ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٤ .

(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ١٢٩ . المغني ٩ ص ٣٠٦ .

المبحث الرابع
هل الحضانة حق للحاضن أم هي حق للمحضون

هل الحضانة حق للحاضنة أم واجب عليها؟.. وبالتالي هل هي حق للحاضنة أم حق للمحضون؟

لم يذكر الفقهاء جواباً صريحاً لهذا السؤال إلا أننا إذا رجعنا إلى الفروع والمسائل الفقهية في موضوع الحضانة نجد بعض الأحكام تشير إلى أن الحضانة حق للمحضون وبعضها يشير إلى أنها حق للحاضنة .

ضمن الفروع التي تفيد أن حق الحضانة هو من حقوق الطفل المحضون .

١ ــ إن الزوجة إذا خالعت زوجها على أن تتنازل عن حضانة الصغير لأبيه فالخلع صحيح والشرط باطل لأنه يمس حق شخص ثالث هو حق الطفل فلا يملك الزوجان التنازل عنه عند الحنفية .

٢ ــ إذا لم يكن للصغير سوى حاضنة واحدة فإنها تجبر على حضانته وذلك لمصلحة المحضون وأداء حق من حقوقه المشروعة .

ومن الفروع الفقهية التي تفيد بأن الحضانة حق للحاضنة .

١ ــ إن المرضع غير الأم إذا أرضعت الطفل فيجب أن ترضعه في بيت الأم حفظاً لحقها في حضانة طفلها .

٢ ــ لا يجوز للأب أن ينقل الطفل المحضون من البلد الذي تقيم فيه الحاضنة .

٣ ــ وكذلك ليس للأب ولا للقاضي الحق في نزع حضانة الطفل من حاضنته إذا توافرت فيها شروط الحضانة مما يؤكد حقها في هذه الحضانة .

ونتقل هنا كلام الفقيه الحنفي ابن عابدين في هذه المسألة .

وقد أجاب ابن عابدين[1] : هل الحضانة حق من ثبتت لها الحضانة أو حق الولد ؟ . . . خلاف . . . قيل :

بالأول ، فلا تجبر إن هي امتنعت ورجحه غير واحد وعليه الفتوى . وفي الخلاصة لا تجبر الأم عليها وكذلك الخالة . وقيل بالثاني فتجبر واختاره أبو الليث وأيده في الفتح ، كما لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لأنه حق الولد . ثم قال في فتح القدير : فإن لم يوجد غيرها أجبرت بلا خلاف . ثم يعقب ابن عابدين على هذه الآراء بقوله : ويظهر لي أن كلا من الحاضنة والمحضون له حق الحضانة : أما حق الحاضنة فلأنه ليس للأب أن ينتزعه من أمه وكذامن كان أبعد منها لا حق له فيها . وأما حق المحضون فلأنها إذا تعينت لم يكن لها الامتناع .

وقد ذكر ابن القيم الجوزية[2] قولين في المذهبين المالكي والحنبلي في اعتبار الحضانة حقا للحاضن أم هي حق للمحضون وانتهى بكلامه إلى أن الصحيح هو أن الحضانة حق للحاضنة إذا احتاج الطفل إليها ولم يوجد غيرها ، وإن اتفقت الحاضنة مع ولي الطفل على نقلها إليه جاز ذلك وأن المقصود من قوله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تتزوجي دليل على أن الحضانة حق للحاضنة »[3] .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٠٣ :

إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط ، وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ، ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته .

---

(١) مواهب الجليل على متن خليل ٤ ص ٢١٨ .

(٢) الإبانة عن أخذ الأجرة في الحضانة من مجموعة رسائل ابن عابدين ص ٢٤٦ .

(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ١٢٩ .

ونرى من هذا النص أن الحضانة حق للطفل.لا يجوز التفريط فيه من قبل الأبوين بالاتفاق فيما بينهما على خلافه . . كما أننا نرى من عبارات الفقهاء ما يفيد بأن الحضانة حق للأم ثم لأم الأم وهكذا . . . مما نخلص إلى القول به أن الحضانة حق للحاضن وحق للمحضون .

وقد أيد هذا القضاء السوري حيث جاء في بعض قرارات محكمة النقض : إن الحضانة حق للصغير من وجه وللحاضنة من وجه ، وإن حق الصغير فيها أظهر لذلك كان للأم بعد التنازل عنها الرجوع إلى طلبها[1] .

---

(١) مجلة « المحامون » العدد ٨ ص ٥٤ رقم ١٠٩ .

الفصل الثاني
أجرة الحضانة ومدتها

المبحث الأول
أجرة الحضانـة

تستحق الزوجة المطلقةأو المتوفي عنها زوجها أجرة حضانة الصغير ممن تجب عليه نفقته كأجر الرضاع . أما إذا كانت الزوجة مع زوجها فلا يجوز الجمـع بين نفقتين بآن واحد ، وتعد المطلقة رجعيا بحكم الزوجة في هذا الموضوع مـا دامت عدتها قائمة .

وعلى هذا إذا كانت الأم الحاضنة في بيت زوجها سواء كانت زوجة أم مطلقة رجعيا لم تنقض عدتها بعد ، فلا تستحق أجرة الحضانة .
أما إن كانت الزوجة مطلقة طلاقا بائنا أو متزوجة بمحرم للصغير أو معتدة ، فلها الأجرة . وأما إذا لم يكن للحاضنة مسكن ، فعـلى أب الطفـل تأمـين مسكن لها ولطفلها وإن احتاج المحضون إلى خادم وكان أبوه موسرا فإنه يلزم به .

وجاء في المادة ٢٠٧ من مشروع القانون[١] :

ف أ : تستحق الحاضنة أما كانت أو غيرها أجرة حضانة ولو كانت غير محتاجة ما دام المحضون في سن حضانة النساء .

---

(١) وينظر ذلك في الفصل ١٠٣/١٠٤ من القانون المغربي والمادة ١٦٠ القانون الأردني والمادة ٢٤٣٠ من القانون السوري .

ف ب : تستحق أجرة الحضانة من وقت العمل ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

ف جـ : لا تستحق الأم أجرة حضانة في الأحوال الآتية :

١ ـ إذا كانت زوجة للأب ، ولو كانت ناشزا من طاعته .

٢ ـ إذا كانت معتدة لها نفقة عليه ولو أبرأت منها نظير الطلاق .

م ٢٠٩ : لا تستحق الحاضنة أجرة مسكن حضانة إذا كانت تسكن في ملكها أو بدون أجر ، وتستحق أجرة مسكن الحضانة إذا أسكنت المحضون بأجر .

ويقدر القاضي ما يخص المحضون أو المحضونين من هذا الأجر .

ويعد دين النفقة من الديون القوية في الفقه الإسلامي لأن عليه تتوقف حياة المنفق عليه، وبما أن ما يستحقه المحضون على أبيه من أجرة الحضانة يعد من ديون النفقة، فلا يجوز إجراء المقاصة بين هذا الدين وأي دين عادي للأب على الأم أو أي حاضنة أخرى ، ولا تسقط هذه النفقة إلا بالأداء أو بالإبراء.

جاء في المادة ٢٣٤ من مشروع القانون :

لا تجري المقاصة بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على الأم الحاضنة .

التبرع بأجرة الحضانة :

إذا امتنعت الأم عن حضانة الطفل دون أجر ، وتقدمت إحدى قريباته المحارم ممن تتوافر فيها شروط الحضانة ، فهل يعطي الطفل للمتبرعة مع وجود الأم ؟

١ ـ إذا كان للطفل مال وامتنعت أمه عن حضانته دون أجر ووجدت إحدى محارمه كجدته فإنه يجوز لها أن تقوم بحضانته تبرعا وذلك لمصلحة الصغير بتوفير أمواله . أما إذا كانت المتبرعة أجنبية فإن الأم تفضل عليها ويعطى للأم لمصلحة الصغير بتوفير الشفقة والحنان له مما لا يتوافر لدى المتبرعة الأجنبية على أن

تكون أجرة الحضانة بأجر المثل[1] .

٢ ـ إذا لم يكن للطفل مال وكان أبوه موسرا فلا يعطي الطفل المحضون للمتبرعة ولو كانت جدته ، لأن أمه أحق بحضانته ولا عبرة هنا بتوفير المال عن أبيه لأن وجود الطفل لدى أمه أنفع له ، ولا ضرر على الأب لأنه موسر فيدفع للأم أجر المثل[2] أما إذا كان الأب أو الولي معسرا ولا مال لدى الطفل وامتنعت الأم عن حضانته إلا بأجر فيعطى للمتبرعة لتقوم بحضانته . وفي هذه الحالة يسقط حق الأم ولا يجوز لها المطالبة بحضانة طفلها بعد أن رفضت حضانته[1] .

وخلاصة ذلك أن أجرة الحضانة إن كانت من مال الأب الموسر قدمت الأم وإن كانت من مال الطفل قدمت المتبرعة غير الأجنبية .

وهذا ما قررته محكمة النقض السورية بقرار لها[4] : إن تخيير الحاضنة بين إمساك المحضون مجانا أو تسليمه للمتبرع بحضانته مشروط بكون المكلف بأجرة الحضانة معسرا[5] .

ووردت أحكام التبرع بالحضانة في مشروع قانون الأمارات في المواد الآتية :

م ٢١٠ : ف أ : إذا تمسكت الحاضنة بأجر الحضانة ولم توجد متبرعة أو وجدت وكانت غير محرم أو غير أهل ، أعطيت صاحبة الحق الأجر ولو من مال الصغير .

ف ب : وإذا وجدت متبرعة من المحارم وهي أهل ، فإن كان الأب :

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٥٧٠١ .

(٢) الإبانة في أخذ الأجرة عن الحضانة ص ٢٦٩ من رسائل ابن عابدين .

(٣) نصت المادة ١٤٤ من قانون الأحوال الشخصية السوري : إذا كان المكلف بأجرة الحضانة معسرا عاجزا عنها وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه خيرت الحاضنة بين إمساكه بلا أجرة أو تسليمه لمن تبرع .

(٤) مجلة القانون السورية ع ١ ص ٤٠ .

(٥) التاج والأكليل على مختصر خليل ج ٢ ص ٢١٣ على هامش مواهب الجليل .

معسرا خيرت صاحبة الحق بين إمساك المحضون بالمجان أو تسليمه لمتبرعة سواء كان للصغير مال أو لا ، وكذلك إذا كان الأب موسرا وللصغير مال . أما إذا كان الأب موسرا وليس للصغير مال فيعطى لصاحبة الحق أجر المثل .

يقول الإمام الشوكاني وهو من مجتهدي الزيدية[1] . . . . الله سبحانه وتعالى قد أمر الأزواج بأن يعطوهن أجورهن فقال : ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾[2] وأوجب ذلك على الزوج بالأمر القرآني وأكد ذلك بقوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾[3] .

ولفظ (على) ظاهر في الوجوب فإن كانت الأم راضية بالأجرة المتعارفة المتوسطة في عرف الناس فليس له نقل الرضيع إلى غيرها وإن تبرع الغير بإرضاعه بدون أجرة فضلا عن أن ترضى بدون ما رضيت الأم .

وقد أخبرنا رسول الله ﷺ بأن الأمهات أحق بأولادهن ، وأوجب لهن الأجر فنزعهم عنهن مخالف للقرآن والسنة وظلم بيّن . فإن طلبت فوق المتعارف وكان الزوج يتعاسر ذلك فلا بأس بأن ينقله منها لقول الله عز وجل : ﴿ **وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى** ﴾[4] .

هذا ما ذكره الشوكاني وهو كلام جيد يجب الرجوع إليه والعمل به لأنه يتفق مع حكمة التشريع القرآني في أحكام الحضانة ورعاية الطفل أكثر مما ذهب إليه الحنفية[5] .

وعلى هذا يجب على الأب : أجرة الرضاع ونفقة الولد بأنواعها المختلفة[6] .

---

(1) السيل الجرار على حدائق الأزهار ج ٢ ص ٤٤١ .

(2) سورة الطلاق آية ٦ .

(3) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

(4) سورة الطلاق آية ٦ .

(5) تنوير الأبصار ج ٢ ص ٨٣٠ .

(6) الفتاوى الهندية ج ١ ص ٤٨٥ وعند المالكية قول : لا تجب أجرة الحضانة إلا للأم الفقيرة . مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٢٠ .

المبحث الثاني
مدة الحضانة لدى النساء

مدة الحضانــة :

تبدأ حضانة الطفل منذ ولادته وتنتهي بالسن الذي يستغني فيه عن خـدمة الحاضنة وذلك بأن يقدر على القيام بحاجاته الضـرورية كـالطعـام والشراب دون الاستعانة بأحد .

ويمكن تقسيم الفترة التي يمر بها الطفل حتى يبلغ مبلغ الكبار إلى مرحلتين :

١ ــ مرحلة الرعاية الأولى من حياة الطفل التي لا يحسنها إلا النساء عادة .

٢ ــ مرحلة التربية والتعليم والحفظ والصيانة ، ويكون فيها الرجل أقدر من النساء عادة .

فالطفل في ظل أبويه يشعر بحنان الأم وتربية الأب دون تمييز اللهم إلا إذا قامت ظروف قاهرة فرقت بين الأبوين فتتحدد حينئذ مسئولية كل منهما نحو طفلهما .

وفي كل من هاتين المرحلتين يراعى أولا وقبل كل شيء مصلحة الصغير ، وما انتقاله من حضانة أمه إلى حضانة أبيه إلا تطبيق حكم الغالب المعتاد المألوف بين الناس المتناسب مع فطرة الأم وحاجة الطفل لشفقتها وصبرها في بداية عمره على مشاق حضانته وأنها أقدر من الأب على خدمته والرفق به ولحديث النبي عليه الصلاة والسلام لسائل سأله من أحق الناس بصحبتي يا رسول الله فأجابه : **أمك أمك ثم أباك** .

أي الزم أمك أولا ثم الزم أباك .

وكذلك تنفيذا لقوله تعالى في دعوة الأمهات لإرضاع أولادهن ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين**﴾[1] وهذا لا يتم إلا بحضانة الأم لطفلها .

أما في التحديد الزمني لكل من هاتين الفترتين في حالة فرقة الأبوين وإلى متى يبقى لدى أمه ومتى ينتقل لأبيه ففيه خلاف .

إن تحديد فترة حضانة الطفل لدى حاضنته من الأمور التي كانت وما تزال محل جدل ونقاش في الفقه والقضاء والقانون وكأنها أصبحت من المشكلات المعاصرة حيث يطالب فريق من الناس برفع سن الحضانة وفريق لا يوافق على ذلك حتى بدا وكأنه صراع بين النساء والرجال أو بين الأمهات والآباء فنأى بذلك عن جوهر القضية ، وهي أن الأصل هو ضمان مصلحة الصغير فإن مكث لدى أمه فليس معناه تفضيل الأم على الأب وإن انتقل إلى أبيه فيجب ألا ينظر إلى ذلك على أنه نصر للأب على أمه .

إن الطفل لا يستغني عن أبويه فإن كان لدى أمه فيجب على الأب أو ولي الصغير أن يتعهد هذا الطفل بالعناية والتربية السليمة رغم وجوده عند حاضنته وإذا انتقل إلى بيت أبيه فيجب أن لا تحرم الأم من زيارته ورعايته وتفقد شؤونه .

آراء الفقهاء في فترة حضانة النساء :

لا يوجد نص صريح في القرآن الكريم أو السنة النبوية يحدد فترة الحضانة فكان لابد للفقهاء من اجتهادات تدور كلها حول ضمان مصلحة الطفل المحضون .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

١ ــ الحنفيــة :

تنتهي حضانة الصغير حين يستغني عن خدمة النساء وقدر ذلك بسبع سنين أو تسع وتنتهي حضانة الصغيرة إذا بلغت سن المراهقة التي تتراوح بين التاسعة والحادية عشرة . وقد فرق بعض فقهاء الحنفية إن كانت الحاضنة الأم أو غيرها فإذا كانت الأم هي الحاضنة بقيت البنت لدى حاضنتها حتى تبلغ مبلغ النساء ، وأما إن كانت لدى غير أمها أو جدتها من الحاضنات بقيت حتى سن التاسعة .[١]

٢ ــ الشافعية :

يبقى المحضون لدى حاضنته ذكرا كان أو أنثى إلى سن التمييز المقدرة بسبع سنين[٢] وبعد ذلك يخير الطفل بين أبويه هل يبقى لدى أمه أو ينتقل إلى أبيه أو إلى وليه على النفس في حال عدم وجود الأب .

٢ ــ الحنابلــة :

ذهب الحنابلة في تحديد سن الحضانة بسبع سنين للذكر وبعد إنتهاء هذه الفترة في تخيير الطفل بين أبويه ثلاث روايات[٣] في المذهب أشهرها ثبوت التخيير للطفل[٤].

---

(١) تبين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٥٠ رد المحتار ج ٢ ص ٥٦٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٤ .

(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ١٣٥ .

(٤) وقد اقتصرت بعض المراجع في فقه الحنابلة على ذكر رواية واحدة هي أن الغلام إذا بلغ السابعة خيّر بين أمه أو أبيه فإن اختار أحدهما انتقل إليه ، وللغلام بعد ذلك أن يعون عن اختياره لأن له الحرية المطلقة في الاختيار في كل وقت مالم يكن الغلام معتوها فأمه أحق به أما الفتاة فإذا بلغت السابعة من عمرها انتقلت إلى أبيها لأنه أقدر على تربيتها ولأنها تخطب للزواج من أبيها . راجع المغني ج ٧ ص ٦١٢ كشاف القناع ج ٥ ص ٥٨٢ .

وقال فقهاء الحنابلة : إذا اختار الغلام أباه بقي لديه في الليل النهار على أن يزور أمه مرة في الأسبوع وإن اختار أمه فله أن يبيت لديها ليلا على أن يكون في النهار لدى أمه ليسهر على تربيته والاشراف عليه . راجع مطالب أولى النهي شرح غاية المنتهى ص ٦٧٠ .

أما الأنثى فروايتان في المذهب :

أ ــ إذا بلغت الأنثى التاسعة من عمرها انتقلت إلى أبيها دون تخيير .
ب ــ والرواية الثانية إذا بلغت السابعة خيرت .

٤ ــ المالكية :

قال المالكية يبقى المحضون الذكر لدى أمه حتى سن البلوغ وتبقى الفتاة لدى أمها حتى الزواج والدخول[١] .

٥ ــ الزيدية :

أما الزيدية فلم يحددوا سنا معينا لانتهاء حضانة الصغير بل تركوا ذلك لاستعداد الطفل ومدى استغنائه عن أمه في ضرورياته وحاجياته وتقدير ذلك للقاضي .

أما بالنسبة للفتاة فتبقى لدى أمها حتى سن الزواج .

جاء في التاج المذهب في الفقه الزيدي[٢] :

« ومدة الحضانة للطفل حتى يستغني بنفسه أكلا وشربا ولباسا ونوما وغير ذلك كما يفعله العقلاء، فمتى استغنى بنفسه في هذه الأمور فلا ولاية للحاضنة في الذكر وهذا مذهبنا ، سواء أبلغ الطفل السنة السابعة فأكثر أم أقل ، فلا تحديد عندنا بالسنين ، لأنه قد يختلف حال الصبي في الذكاء والبلادة فمنهم من يكون ذكاؤه كثيرا في صغر سنه ، ومنهم من يكون بليدا ويدخل في هذا الحد الصبي والمجنون ، وأما الفتاة فتبقى لدى أمها حتى سن الزواج » .

---

(١) المدونة ج ٥ ص ٣٨ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٨٦ .
(٢) التاج المذهب ج ٢ ص ٢٦٨ .

٦ ـ الجعفريـة :

في المذهب الجعفري قولان في فترة الحضانة ، القول المشهور أن الصغير يبقى لدى أمه خلال الرضاعة فقط وهي سنتان وتبقى الصغيرة سبع سنوات .

والقول الثاني : تنتهي مدة حضانـة الأم للذكر إذا بلغ سبـع سنين وتنتهي حضانة البنت إذا بلغت تسع سنوات من عمرها .

على أن القول الأول المشهور مقيد بعدم الاضرار بالمحضون[١] .

٧ ـ الظاهريـة :

وقد ذهب فقهاء الظاهرية إلى أن فترة حضانة الطفل لدى أمه تنتهي بسن البلوغ .

٨ ـ رأي ابن تيمية وابن القيم الجوزية :

يرى الفقيه الحنبلي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم منح القاضي تقدير مصلحة الطفل في تقديم أحد الأبوين على الآخر في حضانة الصغير .

يقـول ابن القيم[٢]. . . . إذا كانت الأم تتـركه في المكتب وتعلمـه القرآن والصبي يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه ، وأبوه يمكنه من ذلك فإنها أحق به بلا تخيير ، وكذلك العكس فمتى أخل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبي والآخر مراع له فهو أحق وأولى . وسمعت شيخنا (ابن تيمية) يقول : تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام فخيره بينهما فاختار أباه فقالت له أمه اسأله لأي شيء اختار أباه فسأله فقال : أمي تبعثني كل يوم للكتاب والفقيه يضربني ، وأبي يتركني ألعب مع الصبيان فقضى به للأم وقال أنت أحق به .

---

(١) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية في المادتين ٣٨٤ ، ٣٩١ .

(٢) زاد المعاد ج ٤ ص ١٣٨ .

ويقول ابن تيمية : وليس هذا الحق من جنس الميراث الذي يحصل بالرحم والنكاح سواء أكان الوارث فاسقا أو صالحا ، بل هذا من جنس الولاية التي لابد فيها من القدرة على الواجب والعلم به وفعله بحسب الإمكان، فلو قدر أن الأب تزوج امرأة لا تراعي مصلحة ابنته ولا تقوم بها وأمها أقوم بمصلحتها من تلك الضرة فالحضانة هنا للأم قطعا . ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس عنده نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا .

وإذا كان لنا أن نختار فإننا نرى أن الطفل متى بلغ السن الذي يستغني به عن أمه عرفا وعادة فالقاضي هو الذي يحدد له مكان إقامته هل يبقى لدى أمه أم ينتقل إلى أبيه أو أحد أوليائه العصبات بحسب مصلحة هذا الطفل ودرجة استغنائه عن أمه .

هذا وقد اختار مشروع قانون الأمارات المذهب المالكي في تحديد الحضانة فقد نصت المادة ٢١٤ : ينتهي حق الحضانة بالدخول بالأنثى وببلوغ الذكر.

ويتفق هذا النص مع المشروع الكويتي في المادة ١٤٥ ومع قانون المغرب أيضا في الفصل ١٠٢ بينما تقيدت قوانين أخرى بالمذهب الحنفي كمصر وسوريا .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري تعليلاً لمذهب الحنفية في سن الحضانة ما يلي :

. . . ولما كان المعول عليه في المذهب الحنفي أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء ، والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهوة . وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن الذي يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير ، فقدرها بعضهم بسبع سنين وبعضهم بتسع وقدر بعضهم حد الشهوة بتسع سنين وبعضهم قدرها بإحدى عشرة .

رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير

مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع . فإن رأى مصلحتهما في بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير وإحدى عشرة في الصغيرة وإن رأى مصلحتهما في غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء .

ونلاحظ أن مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية في الدول العربية قد جمع بين المذهب المالكي الذي حدد نهاية فترة حضانة النساء بالنسبة للفتاة بالزواج وبالنسبة للفتى بسن الرابعة عشرة من عمره وبين المذهب الزيدي ورأى ابن تيمية بتخويل القاضي الحق في تحديد هذه المدة حسب ما يراه من مصلحة ا لمحضون ، وعلى هذا صيغت المادة ١٣٦ من المشروع الموحد .

تستمر الحضانة حتى يتم الفتى الرابعة عشرة من عمره وإلى أن تتزوج الفتاة ، ويقع الدخول بها ،كل ذلك ما لم يقدر القاضي خلافه لمصلحة المحضون .

الفصل الثالث
مكان الحضانة وزيارة المحضون

المبحث الأول
مكان الحكانة

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فما هو حكم نقل الطفل المحضـون من بلد لآخر ؟ وهل يجوز للحاضنة أو لمن انتقل إليه الطفل بعد فترة الحضانة من أقاربه الرجال أن ينتقل بالصغير إلى أي مكان فيمنع عن أمه رؤيته أم لا يجوز ذلك بل ويجب أن يبقى في بلد أمه وأبيه ليراه كل منهما وليكون تحت رعايته وإشرافها[1] .

ورد في مشروع الأمارات م ٢١٥ النصوص الآتية :

ف أ : ليس للأم حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أن تسافر بولدها أو تنقله من بيت الزوجية إلا بإذن أبيه .

ف ب : ويجوز لها بعد البينونة أن تنتقل به إلى بلد آخر إذا لم يكن في هـذا النقل إخلال بتربية الصغير ولم يكن مضارة للأب وكان لا يكلفه في النقلة لمطالعة أحوال المحضون مشقة أو نفقة غير عاديتين .

م ٢١٦ ف أ : إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها أن تسافر بالولد إلا بإذن وليه .

ف ب : وليس للولي أبا كان أو غيره أن يسافر بالولد في مدة حضانته إلا بإذن من تحضنه .

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣٠٥ .

ف جـ : ولا يجوز إسقاط حضانة الأم المبانة لمجرد انتقال الأب إلى غير البلد المقيمة فيه الحاضنة إلا إذا كانت النقلة بقصد الاستقرار ولم تكن مضارة للأم وكانت المسافة بين البلدين تحول دون رؤية المحضون والعودة في اليوم نفسه بوسائل النقل العصرية .

جاء في المادة ١٦٦ من القانون الأردني :

لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحته .

وفي القانون المغربي الفصل ١٠٧ :

إذا استوطنت الحاضنة ببلدة أخرى يعسر فيها على أب المحضون أو وليه معرفة أحوال المحضون والقيام بواجباته سقطت حضانتها .

ولابد لشرح هذه النصوص من أن نفرق بين حالات ثلاث يختلف الحكم فيها إن كانت الأم هي الحاضنة أو كانت إحدى قريباتها من الحاضنات[١] .

والحالة الثالثة إذا كان الطفل قد انتقل إلى أبيه أو أقاربه العصبات فهل يجوز السفر به دون موافقة الأم أو الأب ؟ .

١ ـ مكان الحضانة في حالة حضانة الأم :

أ ـ إذا كانت الأم هي الحاضنة وكانت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها والد الطفل المحضون فلا يجوز للأم السفر بالولد أو الانتقال به وللزوج منعها سواء أكان ذلك بمفردها أو مع طفلها دون موافقته ، فإذا أذن لها بالسفر أو الانتقال جاز لها ذلك[٢] .

ب ـ أما إذا كانت أم الطفل مطلقة من زوجها أو متوفي عنها وكانت لا تزال

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٩٠ .

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٢٥ زاد المعاد ج ٤ ص ٢٦٠ .

معتدة سواء في عدة طلاق رجعي أم بائن أو من عدة وفاة ، فعلى الأم أن تقيم مع الطفل ما دامت العدة قائمة لأن العدة من حق الشرع ، فإذا انتهت العدة وأرادت أن تسافر بولدها المحضون فهل يجوز لها ذلك ؟

قال فقهاء الحنفية :

يجوز للأم أن نسافر بالمحضون إذا توافر الشرطان التاليان [1] :

١ ــ إذا كان البلد الذي ترغب السفر إليه هو بلدها الأصلي الذي نشأت فيه .

٢ ــ وأن يكون عقد الزواج قد تم في هذا البلد أيضا .

فإن توافر هذان الشرطان يحق للأم أن تسافر بولدها وليس للأب أن يمنعها مهما بعدت المسافة بينهما .

أما إذا كانت المسافة بين البلدين قصيرة بحيث يستطيع الزوج الانتقال بالصغير والعودة في نفس اليوم فيسمح للأم السفر به دون أذن زوجها .

ومن الطبيعي أن نذكر أن وسائل النقل الحديث الشائعة بين الناس هي المعتبرة بتحديد مسافة البلد مع مراعاة قدرة الزوج المادية على هذا الانتقال يوميا إن رغب رؤية ابنه المحضون .

وقد اتجه القضاء المصري إلى عدم سقوط حضانة الأم إذا انتقلت بالمحضون إلى بلدها الذي لم يجر فيه عقد النكاح وقال : إن هذا لا يسقط الحضانة ولكن تجبر الأم على العودة بابنها إلى بلد أبيه وجاء في القرار : ليس بين أركان الحضانة أو شروطها عدم انتقال الحاضنة بالصغير من بلد أبيه [2] .

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٨٨٥ .

(٢) جاء في رد المحتار ج ٢ ص ٢٧٠ : لابد من جواز الانتقال إلى البلدة البعيدة من شرطين : كونها وطنها وكون العقد فيها . وفي رواية الجامع الصغير : اشتراط العقد دون الوطن . قال الزيلعي والأول أصح لأن التزوج في دار ليس التزاما للمقام فيها عرفا فلا يكون لها النقلة إليها . وروى الطحاوي عن أبي يوسف أنه اعتبر موضع الولد فقط .

والذي نراه منع الأم من السفر بالمحضون لبقاء الطفل تحت رعاية أبيه والإشراف عليه ولو كان في حضانة الأم بينما لو سافرت الأم بالطفل إلى مكان بعيد فيصعب على الأب مراقبة تربيته ورؤيته[1] . وعلى كل حال فإن القاعدة الشرعية صريحة بتأمين مصلحة الطفل وعدم الإضرار بأبويه ببعده عن أحدهما لقوله تعالى : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾[2] .

٢ ـ إذا كانت الحاضنة غير الأم :

لا يجوز لغير الأم من الحاضنات الانتقال بالمحضون ولو إلى البلد الذي تم عقد الزواج فيه لأن هذا الشرط خاص بالأم الذي أجاز لها الانتقال بطفله إلى بلدها الذي تم فيه عقد زواجها .[3] .

وعلى هذا لابد للحاضنة من إذن الأب إن أرادت الانتقال بالطفل .

٣ ـ هل يجوز للأب أو للحاضن من الرحال السفر بالولد ؟ .

ما دام الطفل في حضانة أمه أو غيرها من النساء فلا يجوز للأب الانتقال بالمحضون إلا بموافقة الحاضنة لأن بقاء الطفل لدى حاضنته في هذه الفترة حق من حقوقه التي لا يجوز للغير الاتفاق على خلافها فإذا انتقلت الحضانة للأب فيملك حينئذ السفر به إلى بلد قريب تتمكن الأم من زيارته يوميا ، وألا لا يجوز للأب الانتقال بطفله[4] .

هل يجوز للأب أن ينتقل بالولد خلال سن حضانته إذا سقطت حضانة أمه كما لو تزوجت مثلا ؟ .

---

(١) الفتاوي الهندية ج ١٢ ص ٣٨٤ .

(٢) راجع المغني ج ٧ ص ٦١٨ .

(٣) مجلة المحاماة الشرعية في مصر السنة السادسة ص ١٥٧ .

(٤) الأحوال الشخصيه للأستاذ معوض سرحان ص ٤٥٩ .

في المذهب الحنفي قولان :

١ ـ **الأول** : يجوز للأب السفر بالولد إذا سقطت حضانة الأم فإذا عـادت إليها أهليتها كما لو طلقت بعد زواجها الثاني فإن حضانتها تعود إليها وحينئذ يعيد الأب الولد إليها ، هذا ما ذكره صاحب تنوير الأبصار .

ويتفق مع ما جاء في فتاوي السراجية : سئل إذا أخذ المطلق ولده من حاضنته لتزوجها بأجنبي فهل له أن يسافر به . . . فأجاب بأن له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه .

٢ ـ **الثاني** : لا يجوز للأب أن ينتقل بالولد ولو سقطت حضانة أمه له لأن لها الحق في رؤيته رغم سقوط حضانتها ، فإذا سافر به الأب إلى مكان لا تستطيع رؤيته فلا يجوز ذلك إذا تعذر عليها السفر . وقد أيد الفقيه ابن عابدين الرواية الثانية وقال : إن الرواية الأولى تشمل الولد بعد سن الاستغناء عن أمه . وأيد قوله بما جاء في التتارخانية : الولد متى كان عند أحد الأبوين فلا يمنع الآخر من النظر إليه وتعهده ولا يخفي أن السفر أعظم مانع[١] .

أما بقية المذاهب الفقهية :

فقد ذكر الشافعية [٢]والحنابلة [٣] أن الأب لو أراد السفر بالمحضون فهو أولى به من أمه وأعطى الحنابلة لمن يلي الأب في الحضانة هذا الحق أيضا .

وقال المالكية : إن حق الحضانة يسقط عن الأم إذا سافرت بوليدها إلى بلد بعيد عن محل إقامة الأب بقصد الإقامة في ذلك البلد ولـو كان الـطفل رضيعـا إلا إذا كان لا يقبل غير ثدي أمه .

وفي جميع الحالات يجب أن[٤] يتوفر في السفر الراحـة وعدم المشقـة والضرر

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٥٧١ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٧٦ .

(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ٢٦١ المغني ج ٩ ص ٢٠٤ .

(٤) المدونة الكبرى ج ٥ ص ٤٠ .

للطفل وتأمين صحته فإن كان في السفر بعض الخطر على نمو المحضون فلا يجوز لأي الأبوين الانتقال به، أو كان البلد الذي ينتقل إليه الطفل بعيدا بحيث يتعذر على الأم أو الأب التمكن من زيارته إلا بصعوبة ومشقة وتحمل أذى الطريق وكثرة النفقات.

وهذا ما اتجهت إليه الاجتهادات القضائية الحديثة فلم تقيد السفر بالمحضون أن يكون إلى بلد الأم الذي تم فيه عقد زواجها كما ذهب الحنفية بل يجب النظر إلى مصلحة الصغير وحق الأبوين معا مع مراعاة تطور وسائل المواصلات في العصر الحاضر(١) .

نصت المادة ١٦٩ في مشروع القانون الموحد بين سوريا ومصر : ليس للأم خلال الزوجية أو في عد الطلاق الرجعي أن تسافر بولدها أو تنقله من بيت الزوجية إلا بإذن أبيه ويجوز لها بعد البينونة أن تنتقل به إلى بلد آخر إذا لم يكن هذا النقل مانعا لمصلحة تربية الصغير ، ولم يكن ظاهرا قصد المضارة بالأب ولا يكلف الأب أو مشقة نفقة غير عاديين .

م ١٧٠ : إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر بالولد إلا بإذن وليه .

م ١٧١ : ليس للولي أبا كان أو غيره أن يسافر بالولد في مدة حضانته إلا بإذن حاضنته .

---

(١) جاء في قرار لإحدى المحاكم المصرية حولالانتقال بالمحضون : إن المحكمة ترى أن الانتقال بالولد إلى مدينة الاسكندرية يسقط حق المدعي عليها في حضانة الولد المذكور لأن القول بعدم جواز الانتقال بالصغير إلى مكان بعيد إنما هو خاص بالمطلقة والأب فقط ، وحتى على فرض التسليم بأن هذا الحكم عام وليس خاصا بالمطلقة والأب فإن الاسكندرية لا تعتبر مكانا بعيدا وما ذكره الفقهاء بصدد مسألة البعد وهو أن تكون المسافة بين البلدين بحيث لا يتمكن المطالع للصغير من رؤيته والعودة نهارا لم يسقه الفقهاء مساق الحد الجامع المانع لمسألة البعد ولم يجعلوا ذلك ضابطا ومعيارا وإنما ساقوه مساق المثل للضرر الذي يصيب من له حق حضانة الصغير من الضرر في ذاك الزمن الذي لم تكن المواصلات فيه سهلة ميسرة ولم يكن الأمن فيه مستتبا فبدهي أن يكون في التأخير حتى يسدل الليل ستاره ضررا يجب أن يتقى . أم الآن فقد استتب الأمن فلم يعد هناك خوف من البعد فليس معقولا أن يعتبر ذلك الآن ضررا يجيز طلب الضم لطالبه .

المبحث الثاني
رؤية المحضون

بعض النصوص القانونية في رؤية الأبوين للمحضون :

جاء في المادة ١٤٨ من القانون السوري :

ف ٥ : لكل من الأبوين رؤية أولاده الموجودين لدى الآخر دوريا في مكان وجود المحضون وعند المعارضة في ذلك فللقاضي أن يأمر بتأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه فورا دون حاجة إلى حكم من محاكم الأساس وعلى من يعارض في الاراءة أو في طريقها أن يراجع المحكمة وتطبق على من يخالف أمر القاضي أحكام المادة ٤٨٢ من قانون العقوبات[1] .

كما ورد في المادة ٢١٧ من مشروع قانون الأمارات المتحدة :

إذا كان المحضون عند أحد الأبوين فلا يجوز له أن يمنع الآخر من رؤيته . وفي حالة المنع أو عدم الرغبة في رؤيته في مكان من هو عنده يعين القاضي موعداً دوريا للرؤية بمكان يتفق عليه الطرفان أو تحدده المحكمة إذا اختلفا ، على أن لا يكون بأمكنة الشرطة .

وينفذ حكم الرؤية جبرا إذا امتنع عن تنفيذه من عنده الولد .

---

(١) تنص المادة ٤٨٢ من قانون العقوبات السوري على ما يلي :
الأب والأم وكل شخص آخر لا يمتثل أمر القاضي فيرفض ويؤخر إحضار قاصر لم يتم الثامنة من عمره يعاقب بالحبس ثلاث أشهر إلى سنتين وبالغرامة من خمس وعشرين إلى مائة ليرة .

وفي القانون المغربي الفصل ١١ :

إذا كان الولد محضونا لأحد الوالدين فلا يمنع الآخر من زيارته وتفقد أحواله .

وإذا طلب نقله إليه للزيارة فله ذلك .

ونصت المادة ٣٩٣ من الأحكام الجعفريه في الأحوال الشخصية :

ليس للأم أن تسافر بالولد إن كان ذلك ضررا على الولد و الوالد وإن لم يتضرر أحدهما بذلك الانتقال بعيدا عن محل إقامته ، إذ حق الحضانة مختص بها وليسْ مشتركة بينهما وبين الأب .

وورد في مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية في البلاد العربية :

م ١٤٤ : ف أ : إذا كان المحضون في حضانة أحد الأبوين فيحق للآخر زيارته واستزارته واستصحابه حسبما يقرره القاضي .

: ف ب : إذا كان أحد أبوي المحضون متوفي أو غائبا يحق لأقارب المحضون المحارم زيارته حسبما يقرر القاضي .

: ف جـ : إذا كان المحضون لدى غير أبويه يعين القاضي مستحق الزيارة من أقاربه المحارم .

ومما نلاحظ في هذه الصورة :

١ ــ أن القانون السوري فرض عقوبة على كل من يحاول منع أحد الأبوين من رؤية ولده وعلى القاضي أن يحدد طريقة هذااللقاء ومكانه ووسيلة تنفيذه .

٢ ــ وكذلك جعل مشروع قانون الأمارات حق رؤية الطفل إلزاميا على من عنده المحضون وينفذ جبرا عن إرادته إن امتنع عن ذلك . وقد أحسن صنعا واضع هذا المشروع حين نص على أن هذه الرؤية يجب أن لا تكون في أمكنة الشرطة .

وقد اقترحت هذا النص فيما كتبته خلال شرحي لقانون الأحوال الشخصيةالسوري لأن العرف الجاري مع الأسف في مثل هذه الحالات أن تتم

الرؤية في دواوين الشرطة(١) .

٣ ــ لم يقتصر القانون المغربي على تأمين رؤية المحضون بل أجاز نقل المحضون لأمه إن رغبت بذلك ، وهذا وإن لم ينص عليه فقهاء الحنفية ولكن القواعد العامة تقبله مع العلم بأن بعض المحاكم نقلت نصوصاً تفيد أن حق الرؤية قاصر على تمكين الأم أو الأب من رؤية الولد ولا تشمل نقل المحضون لأحد أبويه لرؤيته .

٤ ــ أما الأحكام الجعفرية فقد جعل مناط عدم جواز نقل المحضون يقوم على أساس الضرر بالصغير أو بوالده ، فإن لم يكن هناك ضرر بأحدهما جاز للأم أن تنتقل بطفلهاولو إلى مكان بعيد عن مكان إقامة الأب وهذا يتفق مع ماذكره فقهاء الشافعية(٢) : « لو كان المقيم الأم وكان في مقامه معها مفسدة أو ضياع معلمة ، كما لو كان يعلمه القرآن أو الحرفة وهما ببلد لا يقوم غيره مقامه في ذلك فالمتجة كما قال الزركشي من علماء الشافعية تمكين الأب من السفر به لاسيما إن اختاره الولد . والعلة هنا واحدة سواء أكان من قبل الأم أم من قبل الأب » .

والذي أراه :

إن موضوع الحضانة ليس صراعا بين الأب والأم حول الطفل بل هو اختيار أفضل السبل لتأمين مناخ تربوي ينشأ فيه الطفل برعاية وود وحب كل من أبويه معا وإن فقهاؤنا حين وضعوا القيود أمام السفر بالمحضون كانت الغاية من ذلك هو الحرص على عدم التضرر بالسفر سواء أكان الضرر خاصا بالطفل أو بأحد أبويه فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام، فإذا ازيلت العقبات في طريق السفر وزال الضرر من ذلك أصبح الطريق مفتوحا لتأمين سلامة الطفل واستقراره في أي مكان وجد على أن لا يمنع أحد أبويه من رؤيته لهذا فإني اقترح أن تنص تشريعات الأسرة على منح كل من الأبوين الحق أن يبيت

---

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري لمؤلف هذا الكتاب ص ٢٦٦ الجزء الثاني .

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج ج ٨ ص ٣٦٨ .

طفله لديه مرة واحدة كل أسبوع أو أسبوعين .

إن الفقهاء حين أوجبوا على من يحضن الطفل أن يمكن أباه أو أمه من رؤيته لم يحددوا زمانا ولا مكانا ولا شكلا معينا للرؤية فكان الواجب تيسير ذلك وفق العرف والتقاليد وتطور الزمن ومصلحة الطفل.

وفضلا عن أن رؤية المحضون وسيلة وليست بغاية وهي أن لا يكون بعيدا عن أبويه ولهذا لم يعد يكفي مجرد رؤية الوجه والكفين بل لا بد أن يبيت لدى أحد أبويه خلال فترة وجوده عند أحدهما ليتمكن من هذا المبيت أن يكون على صلة دائمة ومباشرة بأبويه معا وبوقت واحد(١) .

إن دواوين المحاكم ودوائر الشرطة لم تعد تصلح أبداً مكانا لرؤية المحضون من قبل أحد أبويه لأن ذلك يولد في الطفل عقدا نفسية قائمة عن أبيه ويترك في ذهنه صورا مظلمة عن هذا النظام المطبق بين أبويه .

إننا نطالب بوضع تشريع يجيز للأب أن ينقل المحضون لبيته ولو مرة في كل أسبوع أو أسبوعين لينام هذا الطفل في بيت أبيه فيشعر بالحنان والعطف الأبوي حتى إذا ما انتقل إليه بعد فترة الحضانة لم ينتقل إلى بيت رجل قوي الجسم مفتول العضلات يذكر أنه رآه عدة مرات في دوائر الشرطة ووجهه مكفهر ويحيط بأمه المطلقة أهلها الذين جاءوا لحراستها وحماية الطفل من اعتداء أبيه عليه أو خطفه من ذراعيها أو تهديدها بإيقاع السوء والضرر بالولد .

إذا كان فقهاؤنا رضوان الله عليهم لم ينصوا على تنظيم معين لرؤية كل من الأبوين للطفل المحضون أو بعد الحضانة اعتمادا على ما زرعه الإسلام في نفوس المؤمنين به من رحمة ومودة تجعل الأب يعطف على طفله والأم لا تقطع صلتها بولدها بعد حضانته فإن الأمر الآن قد تغير وتطور وتبدلت الضمائر والنفوس وأصبح كل من

(١) جاء في البحر الرائق ج ٤ ص ١٨٦ :

لو كان بين الموضعين تقارب بحيث يتمكن الأب من مطالعة ولده والرجوع في نهاره جاز لها أن تنقل إليه سواء أكان وطنا أم لم يكن ، وقع العقد فيه العقد أم لم يقع .

الأبوين يتعمد إضرار الآخر عن طريق منعه من رؤية طفله فلا بد من وضع قواعد زاجرة تضمن مصلحة الصغير أولا وعدم الإضرار بأبويه ثانيا .

وجاء في أحكام الصغار[1] :

إذا كان الغلام أو الفتاة عند الأم فليس لها أن تمنع الأب عن تعاهدهما وإن صار إلى الأب فليس له أن يمنع الأم من تعهدهما والنظر إليهما .

على أن هذا الحق لأحد الأبوين يجوز التنازل عنه فيأذن بالانتقال بالولد إلى مكان بعيد لا يتمكن من رؤيته وكذلك يجوز للأم أن تسافر بولدها إذا غادر الأب موطنه مكان إقامته[2] .

ونختم هذه الأقوال كلها بما قرره الفقيه الحنبلي ابن قيم الجوزية في هذا الموضوع[3] .

« . . وهذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأنفع له في الإقامة والنقلة فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ روعي ، ولا تأثير لإقامة ولا نقله .

وهذا كله إذا لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر وانتزاع الولد منه فإن أراد

---

(١) أحكام الصغار ١ ص ٦٠ وجاء في المغني ج ٦ ص ١٤٣ فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة أمه لأن لمنعه من ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة الرحم .

(٢) إذا انتقل الأب من موطنه فللأم أن تنتقل محضونها إلى بلدها أو إلى أي بلد شاءت لأنها لا تلزم باللحاق بالأب حيث سافر وذلك لأن بقاء المحضون في بلد الأب كان بنية رؤيته فلم يعد هناك ضرورة بعد سفر الأب .

وقد ورد في بعض كتب الشافعية ما يخالف ذلك :

لو أراد أحدهما (أحد الأبوين) السفر لحاجة كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتى يعد المسافر .

ولعل المقصود بالسفر هنا السفر المؤقت لا سفر الإقامة بهذا يمكن التوفيق بين الرأيين .

(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ١٣٣ .

ذلك لم يجب عليه[1] .

وقال الحنابلة :

إن كان سفر أحد الأبوين لبلد آخر للإقامة ، وكان الطريق خطرا فالمقيم أولى بالحضانة ولو اختار الطفل السفر .

وإن كان البلد الذي ينتقل إليه أحد الأبوين آمنا فالأب أحق به سواء هو المقيم أو المنتقل[2] .

---

(١) راجع أعلام الموقعين ج ٤ ص ٣٦٠ والهداية وفتح القدير ج ٢ ص ٣١٢ الفتاوي الهندية ج ١ ص ٥٤٢ .

(٢) المغني ج ٧ ص ٦١٨ .

البَابُ الرّابع
الولايـة عَلى المَال

المبحث الأول : ثبوت الولاية. وترتيب الأولياء
المبحث الثاني : شروط الأوصياء وواجباتهم .

المبحث الأول
ثبوت الولاية وترتيب الأولياء

من حقوق الطفل على أبويه حق الولاية وهي نوعان :

ولاية قاصرة : ما تثبت للمرء عند كمال أهليته بتمام التصرفات حيث تنفذ عقوده دون اعتراض من أحد ودون حاجة إلى إجازة أحد على تصرفاته .

ولاية متعدية : ولاية المرء على غيره ويعرفها الفقهاء بأنها تنفيذ المرء قول نفسه على غيره شاء أم أبى .

والولاية المتعدية تقسم إلى نوعين :

ولاية على النفس وتختص بشؤون التزويج والتربية والتعليم والتطبيب والعلاج .

والولاية على المال وتختص بشئون المال أي حفظ واستثمار أموال المولى عليه القاصر ومن في حكمه .

فالولاية على النفس هي لأقارب الصغير العصبات حسب ترتيبهم بالأولوية حيث يقدم الأب على الجد والأخ على العم وهكذا .

أما الولاية على المال فتكون للأقارب أو لغيرهم بحسب إرادة الأب في وصايته للغير أو حسب اختيار القاضي حيث لا يوجد للصغير أب ولا جد .

وقد تجتمع الولايتان معا بشخص الأب بالنسبة للقاصر فالأب هو ولي على

نفس ابنه القاصر كما أنه ولي على جميع أمواله دون خلاف ما دامت تتوافر في الأب الشروط والصفات التي تؤهله لذلك .

وتستمر الولاية على القاصر حتى يبلغ سن الرشد فتسلم إليه أمواله إذا لم يكن به مانع من موانع الأهلية كما لو بلغ سن الرشد مثلا وهو مجنون أو معتوه فلا تسلم إليه أمواله حينئذ .

والأصل في هذا قوله تعالى[1] : ﴿ **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبدارا إن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف ، فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا** ﴾ .

وبما أن موضوع الولاية على النفس من مباحث الزواج فسنقتصر على الولاية على المال من حيث شروطها وثبوتها .

على من تثبت الولاية على المال :

تثبت هذه الولاية على مال الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة .

أما ترتيب الأولياء على المال فقد اختلف الفقهاء قليلاً في ذلك إذا كان الأب ميتاً على من تثبت هذه الولاية .

قال الحنفية : الولاية على المال للأب أولا ثم لوصي الأب ثم لوصي وصيه ثم للجد أبي الأب ثم لوصي الجد ثم لوصي وصيه ثم للقاضي الذي يسمى وصيا على أموال المحجور عليهم[2] .

وقال الشافعية : إن الولاية بعد الأب هي للجد ثم لوصي أحدهما ثم

---

(١) سورة النساء آية ٦ .

(٢) رد المحتار ج ٥ ص ١٢٠ .

للقاضي حيث يختار وصيا .

ولا يجوز للوصي عند الشافعية أن يختار وصيا على أموال القاصر الذي عهدت إليه إدارة أمواله كما قال الحنفية فليس للوصي الولاية إلا إذا أذن الأب أو الجد سلفا لوصيهما بالأذن لوصية بالتصرف والإدارة[1] .

وكذلك لا يجوز عند الشافعية لوصي الأب التصرف مع وجود الجد . لأن الجد مقدم على وصي الأب لقرابته ووفرة شفقته وحرصه على مصالح أحفاده .

أما الحنابلة والمالكية : فلا ولاية للجد عندهم بل تثبت الولاية للأب ثم لوصي الأب ثم لوصي وصيه ثم للقاضي الذي يختار وصيا يسمى بوصي القاضي[2] .

ومن هذه الآراء نرى أن الولاية على المال تبدأ بالأب وتنتهي بوصي القاضي باتفاقء الفقهاء على أساس أن الأب أقرب الناس للصغير كما أن القاضي هو ولي أمر المسلمين فهو ولي من لا ولي له .

ما ذهب إليه مشروع قانون دولة الأمارات العربية المتحدة :

م ٢٥٧ : تكون الولاية على مال القاصر أوالحمل للأب ثم للجد الصحيح إن لم يكن الأب قد اختار وصيا ، ولا يجوز لأحد أن يتخلى عن ولايته إلا بإذن المحكمة .

م ٢٥٨ : لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو .

ونرى أن المشروع قد اختار المذهب الحنفي خين أعطى وصي الأب الأفضلية

---

(١) نهاية المهتاج ج ٦ ص ١٠٣ .
(٢) حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٥٥ .

على الجد خلافا للمذهب الشافعي كما أنه لم ينص على وصي الوصي كما فعل الحنفية .

وكذلك خالف المشروع المذهبين المالكي والحنبلي حين جعل للجد الولاية بعد وصي الأب أي في حال عدم وجود وصي للأب فإن الجد يقوم مقام الأب في ولاية شئون أحفاده .

مسؤولية الولي على المال :

للولي حفظ مال القاصر واستثماره لمصلحته وتجنب كل ما يضر بمال الصغير ، كما يجوز للولي أن يقبل الهبات والوصايا للقاصر إن لم تكن محملة بالتزامات لأنها نفع محض. أما الهبات والوصايا المحملة بالتزامات فيجب استئذان المحكمة لقبولها نيابة عن القاصر وجاء في المادة ٢٧٣ من مشروع قانون الإمارات :

للولي باذن من المحكمة أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه ، وأن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته .

ويجوز سلب الولاية عن الولي إذا أساءالتصرف في مال القاصر ، ولا يسأل الأب إلا عن الخطأ الجسيم . أما الجد فتعد مسؤولية كمسؤولية الوصي .

وورد في المادة ٢٧٧ من المشروع :

إذا سلبت الولاية أو حدَّ منها أو وقفت فلا تعود إلا بحكم من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي أدت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها .

وتنتهي الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد دون أن يكون به سبب من أسباب الحجر كالعته أو الجنون .

المبحث الثاني
شروط الأوصياء وواجباتهم

الوصي هو من أقيم مقام غيره للنظر في شئون تركته وأمور أولاده القصر بعد وفاته .

تقول : أوصيت إلى فلان أي أعطيته حق التصرف بعد موتك كقضاء الديون ورد الودائع وتنفيذ الوصايا والولاية على الأولاد والصغار في أموالهم والتصرف فيها بما يضمن حفظها واستثمارها .

والإيصاء عقد ينشأ بإيجاب من الأب أو الجد وقبول الوصي ولا يشترط الإيجاب والقبول أن يكونا في مجلس واحد لأن طبيعة هذا العقد يجيز أن يكون القبول بعد وفاة الموصي كما يجوز أن يكون خلال حياته ، ولكن الفقهاء قالوا إذا قبل الوصي خلال حياة الموصي فلا يجوز له التخلي عن عمله بعد وفاة الموصي فيرفض الوصاية وقاسوا ذلك على الكفيل حيث يكون له الخيار قبل عقد الكفالة أما بعد تمام العقد فلا يجوز له أن يفسخ هذا العقد وذلك لمصلحة القاصر ولأن الموصي مات وهو مطمئن إلى أن الوصي سيقوم بما عهد إليه من عمل تجاه أولاده وتركته[1] .

شروط الوصي :

يشترط اتحاد الدين بين الوصي والموصي لأن في الإيصاء ولاية للوصي على أموال الموصي كالوارث الذي يشترط فيه اتحاد الدين مع المورث ، وكذلك يشترط

---

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٦١٢ حاشية الطحطاوي ج ٤ ص ٣٣٨ الفتاوي الهندية ج ٤ ص ٣٣٨ أدب الأوصياء ج ٢ ص ١٢ .

فيه العقل والبلوغ والعدالة ، ويجوز أن تكون المرأة وصية عند جمهور الفقهاء لأن عمر بن الخطاب أوصى إلى ابنته حفصة فصحت وصايتها وكما يصح للأب أن يجعل المرأة وصية يصح للقاضي أيضا تعيين المرأة لوصاية القاصر(١) .

ويرى بعض الفقهاء عدم صحة الإيصاء للأعمى وجعله وصيا على القصر خشية أن لا يقوم بعمله بإتقان لمصلحة الأولاد(٢) .

ويشترط توافر هذه الشروط بالنسبة للوصي وقت تنفيذ الوصية أي إذا أقام شخص وصيا لم تتوافر فيه جميع الشروط وقت الإيصاء ثم توافرت وقت وفاة الموصي أي وقت تنفيذ الإيصاء صحت الوصاية لأن قبول الموصي بعدّ وفاة الموصي قبول صحيح(٣) .

وقال بعض الحنابلة يجب أن تتوافر هذه الشروط وقت الإيصاء لأنه وقت إنشاء عقد الوصاية(٤)

وإذا جهل الموصي عجز الوصي عن القيام بما عهد إليه أو عدم توافر شروط الأمانة والعدالة فللقاضي أن يعزله ويختار سواه وذلك ضمانا لمصلحة القاصر .

جاء في منح الجليل في الفقه المالكي(٥) :

« أن ثبت عجزه عند الحاكم عزله إن لم يعرف الميت أنه بهذه الصفة ، وإن علم بها فقصده لقرابته أو لصداقته أشرك السلطان معه من ينظر ولا يعزله » .

---

(١) المهذب للشيرازي ج ١ ص ٤٧٠ .

(٢) إن عدم صحة تنصيب الأعمى وصيا قول بعض فقهاء الشافعية خلافا لجمهورهم الذين قالوا بصحة ذلك قياسا على صحة بيعه وشرائه وتصرفاته ، تحفة المحتاج ج ٦ ص ١٤٥ .

(٣) الفتاوي الانقروية ج ١ ص ١ .

(٤) كشاف القناع ج ٢ ص ٥٣٤ .

(٥) منح الجليل على مختصر خليل ج ٤ ص ٨٨ .

أنواع الأوصياء

١ ـ الوصي المختار والوصي المعين .
٢ ـ الوصي المؤقت والوصي الدائم .
٣ ـ الوصي العام والوصي الخاص .
٤ ـ الوصي الواحد والأوصياء المتعددون .

١ ـ الوصي المختار والوصي المعين :

يجوز للأب أن يقيم وصيا على أولاده القصر ويسمى بالوصي المختار ولا بد من قبول الوصي لهذه الوصاية لأنها عقد يتم بإيجاب من الأب وقبول من الوصي .

أما إذا مات الأب دون أن يترك وصيا وكان الجد حيا فإن الوصاية تنتقل إليه عند فقهاء الحنفية والشافعية ، والخلاف بين المذهبين هو في تقديم الحنفية وصي الأب على الجد .

ولا خلاف بين المذاهب الفقهية في أن الأب حر في تعيين من يشاء وصيا على أولاده دون الرجوع إلى القضاء ، على أن للقاضي إذا وجد الأب أنه أساء الاختيار فاختار شخصا محكوما عليه بسوء الأمانة أو غير ثقة كان له أن يعزله أو أن يضيف إليه وصياً آخر .

وإذا لم يوجد وصي من قبل الأب وكان الجد ميتا ففي هذه الحالة تنتقل الولاية إلى القاضي حيث يختار وصيا يسمى بوصي القاضي .

وعلى القاضي أن يلتزم بتعيين هذا الوصي بالشروط المطلوبة في الوصي فلا يجوز أن يعين وصيا لا تتوافر فيه شروط الوصاية كما أنه لا يجوز له تعيين من نص الأب على عدم تعيينه حال حياته على أن تكون إرادة الموصي بذلك ثابتة ببينة كتابية للتأكد من صحتها .

وقد ذكرت المادة ٤٤٦ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية :

إذا لم يكن للميت وصي مختار وكان عليه دين أو في تركته وصية ولا يوجد وارث لإثبات ذلك وإيفاء الدين واستيفائه وتنفيذ الوصية أو كان أحد الورثة صغيرا فللحاكم أن ينصب وصيا .

٢ ـ الوصي المؤقت والوصي الدائم :

قد تدعو الضرورة لضمان مصلحة القاصر تعيين وصي مؤقت لفترة زمنية محددة غير وصي الأب أو وصي القاضي الدائم .

والأصل أن الوصاية دائمة فالوصي يمارس صلاحياته حتى انتهاء الوصاية ببلوغ القاصر سن الرشد .

غير أن هناك بعض الحالات الطارئة تستوجب تعيين وصي لفترة محدودة فتوقف أعمال الوصي الدائم إلى أجل ما ، حتى تنتهي مهمة الوصي المؤقت إما بعزل الوصي الدائم أو بعودته إلى عمله بعد براءته مما نسب إليه ، أي إذا رأت المحكمة كف يد الوصي عينت وصيا مؤقتا لإدارة أموال القصر إلى حين زوال سبب الكف أو تعيين وصي جديد .

على أن تعيين القاضي وصيا جديدا مقيد بعدم وجود ولي كما لو كان الولي غائبا فعين القاضي وصيا مؤقتا فإن مهمة هذا الوصي تنتهي بعودة الولي وليس للقاضي أن يختار وصيا بدلا عن الوصي المؤقت لأن ولاية الولي هي الأصل في ذلك إذا كان مستوفيا شروطها .

٣ ـ الوصي العام والوصي الخاص :

إن عقد الوصاية إما أن يكون مطلقا وإما أن يكون مقيدا ، فالوصاية المطلقة كما لو قال شخص لآخر جعلتك وصيا على أولادي القصر بعد وفاتي في جميع شؤون

تركتي والوصاية المقيدة كما لو قال له اخترتك وصيا على أموري الزراعية أو التجارية أو الصناعية ففي الحالة الأولى يسمى الوصي وصيا عاما لأن له التصرف في كل ما يعود على القاصر من نفع في جميع التركة، وفي الحالة الثانية يسمى الوصي وصيا خاصا حيث لا يجوز له أن يتجاوز ما خصص له من عمل بموجب عقد الوصاية .

أما وصي الأب فقد ذكر المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] والشيعة الجعفرية[٤] أن الوصاية تقبل التخصيص وقال بذلك أبو يوسف والإمام محمد من فقهاء الحنفية[٥] .

وقال أبو حنيفة : إذا جعل الأب عدة أوصياء لكل منهم عملا معينا فإن كل واحد منهم يملك حق التصرف في جميع شئون التركة دون تخصيص خلافا لوصي القاضي ، لأن ولاية الوصي من باب النيابة والخلافة عن الأب أي تنتقل إليه جميع صلاحيات الأب كاملة دون تخصيص بعمل معين لأن الولاية لا تتجزأ ، وكون الوصي وليا في بعض التصرفات وغير ولي في تصرفات أخرى لا يتفق مع طبيعة الولاية ، أما وصي القاضي فيختلف عن ذلك لأنه وكيل عن القاضي لا نائب على الأب فيأخذ حكم الوكيل لا حكم الأب[٦] .

وقد ورد في مدونة الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية :

م ٤٤٠ : « وصي الميت لا يقبل التخصيص فإذا أوصى إليه في نوع خاص صار وصيا عاما وكذلك لو أوصى إلى أحد بقضاء دينه وإلى آخر باقتضائه فهما وصيان عامان » . وهذا حسب الرأي المفتى به في المذه بالحنفي .

(١) منح الجليل ج ٤ ص ٦٨٧ .
(٢) تحفة المحتاج ج ٦ ص ١٥٠ .
(٣) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٦٨ .
(٤) الروضة البهية ج ٢ ص ٨٣ .
(٥) المبسوط ج ٢٦ ص ٢٧ .
(٦) أدب الأوصياء ج ٢ ص ٣٤٣ .

٤ ـ الوصي الواحد والأوصياء المتعددون :

إذا أقام الأب وصيا واحدا كان له التصرف بجميع شئون التركة لا يزاحمه أحد سواه إذا توافرت فيه شروط الوصاية . ولكن قد يوصي الأب لعدد من الأوصياء سواء بعقد واحد أو بعدة عقود دون أن يخصص لأحد منهم عملا معينا ، وفي هذه الحالة يتعين وجوب قيامهم جميعا بكل تصرف وإذا قام واحد منهم بمفرده بعمل ما كان عمله موقوفا على إجازة بقية الأوصياء .

ونلاحظ في تعدد الأوصياء عدة حالات :

١ ـ إما أن ينص عقد الوصاية على جواز انفراد أحد الأوصياء بالتصرف فيجوز له الأنفراد .

٢ ـ وأما أن ينص العقد على عدم جواز انفراد أحد الأوصياء فلا يجوز له أن ينفرد .

٣ ـ وإما أن يوصي الموصي لعدد من الأوصياء دون نص على الانفراد أو الإجماع ولا خلاف في الحالة الأولى والثانية أما في الحالة الثالثة فقد اختلف الفقهاء :

أ ـ قال المالكية[١] والحنابلة[٢] والشافعية[٣] والجعفرية[٤] لابد من اجتماع الأوصياء في كل تصرف فإذا انفرد أحدهم كان تصرفه غير نافذ لمخالفته إرادة الموصي الذي أراد اجتماع الأوصياء لعدم ثقته بواحد منهم منفردا .

وقال أبو حنيفة والإمام محمد برأي جمهور الفقهاء[٥] خلافا لأبي يوسف حيث قال يجوز لكل وصي أن ينفرد بالتصرف لأن الوصاية كالولاية لا تقبل التجزئة كمن كان لها أخوان فزوجها أحدهما بحكم ولايته دون الرجوع إلى أخيه فتصرف صحيح[٦] .

(١) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٤٢٠ .
(٢) المغني ج ٦ ص ٥٧٥ .
(٣) تحفة المحتاج ج ٦ ص ١٥١ .
(٤) شرائع الإسلام ج ١ ص ٢٦٤ .
(٥) تبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٦٤ .
(٦) حاشية الطحطاوي ج ٤ ص ٢٣٩ .

التصـرفات التي يجـوز لأحد الأوصيـاء القيام بهـا دون الـرجـوع إلى بقيـة الأوصياء .

على أن هناك بعض التصرفات يجوز الانفراد بها نظرا لطبيعتها ولما تتسم به من وجوب الإسراع بتنفيذها من ذلك :

أولا : تصرفات لا تحتمل التأخير :

أ ــ تجهيز الميت وتكفينه وما يحتاج إليه من نفقات مشروعة .

ب ــ النفقات المستعجلة الطارئة للقاصر كإجراء عملية جراحية أو شراء حاجات ضرورية لا يجوز تأخيرها .

جـ ــ قبول الهبات اللقاصر خشية فواتها إذا ما انتظر بقية الأوصياء .

ثانيا : تصرفات لا تحتاج إلى أخذ رأي الغير فيها :

أ ــ رد الودائع المعلومة إلى أصحابها .

ب ــ تنفيذ الوصايا المعينة ضمن حدود الشرع .

جاء في المادة ٤٤٧ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية :

إذا أقام الميت وصيين أو اختارهما قاض واحد فلا يجوز لأحـدهما أن ينفـرد بالتصرف وإن تصرف فلا ينفذ تصرفه إلا بإذن صاحبه ، وإن نص المـوصي على الانفراد أو الإجماع يتبع ما نص عليه .

الباب الخامس

أحكام النفقات

١ ـ المبحث الأول: المبادىء العامة في النفقات.

٢ ـ المبحث الثاني : شروط وجوب الانفاق

المبحث الأول

المبادىء العامة في النفقات

القرابة سبب للنفقة للقريب المحتاج على قريبه الموسر لقوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾[1] ، وبموجب هذه الآية الكريمة فإن نفقة الأقارب المحتاجين تقع على كاهل أقاربهم الموسرين .

وقال تعالى : ﴿ **وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا** ﴾[2] .

وقال تعالى ﴿ **وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما ، وصاحبهما في الدنيا معروفا** ﴾[3] .

هذه الآيات الكريمة رسمت شروط الإنفاق وأن كل قريب يرث قريبه تجب عليه نفقته إن احتاج ما عدا الأصول والفروع إذ تجب النفقة ولو لم تتوافر شروط الميراث فينهما أحيانا كما لو اختلفا دينا[4] .

* الشروط العامة لوجوب النفقة :

يشترط لوجوب نفقة القريب على قريبه الشروط التالية :

١ ـ وجود القرابة الموجبة للميراث بين المحتاج والموسر .

---

(١) البقرة : ٢٣٣ .

(٢) الإسراء : ٢٣ .

(٣) لقمان : ١٥ .

(٤) وهذا جمع بين المذهبين الحنبلي والحنفي في استحقاق النفقة .

٢ ـ حاجة القريب طالب النفقة ، فإن كان غير محتاج فلا يستحق النفقة حتى ولو كان طفلا صغيرا .

فنفقة الطفل الصغير الغني من ماله الخاص إن كان له مال وإلا فنفقته على أبيه أو على من تجب عليه نفقته ، ولو أنفق الأب على ابنه الغني الصغير كان تبرعا إلا إذا أشهد فيرجع عليه بما أنفق من الكماليات لا الضروريات لأن النفقة الضرورية واجبة على الأب نحو ابنه الصغير الفقير ولا يجوز له الرجوع عليه إذا أيسر .

٣ ـ عجز القريب طالب النفقة : إذا كان القريب قادرا على الكسب ووجد عملا فلا نفقة له إلا في النفقة الواجبة للأصول على الفروع فإن العجز عن الكسب ليس بشرط وذلك برا بالآباء ولقوله تعالى : ﴿ **وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا** ﴾[١] .

٤ ـ يسار من تجب عليه النفقة : إن شروط اليسار بالنسبة لنفقات الأقارب عموما ، وإما نفقة الأصول على فروعهم ونفقة الفروع على أصولهم فلا يشترط فيها اليسار وإنما تشترط القدرة على الكسب فقط .

فنفقة الولد على أبيه ولو كان معسرا وفي هذه الحالة يؤمر من تجب عليه نفقة الولد بعد الأب بأداء النفقة على أن تكون دينا على الأب يرجع بها عليه حين يساره ، وكذلك نفقة الأصول على الفرع المعسر .

ف ١ : ورد في المادة ٢١٩ من مشروع قانون الامارات :

تجب نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فإن نفقتها على زوجها .

م ٢٢١ : إذا لم يكن للولد الصغير مال فنفقته على أبيه الموسر .

---

(١) الإسراء : ٢٣ .

٥ ـ اتحاد الدين : ويشترط اتحاد الدين من طالب النفقة والمنفق ما عدا نفقة الفروع والأصول . . . وذلك أن نظام النفقات يقوم جنبا إلى جنب مع نظام الميراث لقوله تعالى : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾[1] ، وبما أن لا ميراث مع اختلاف الدين فكذلك الإنفاق .

وورد في المادة ٢٢٠ من مشروع قانون الإمارات :

لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع غير الحربيين ، ولا يعتبر حربياً رعايا الدولة التي قطعت معها العلاقات السياسية دون قيام حالة الحرب .

---

(١) البقرة : ٢٣٣ .

المبحث الثاني

شروط وجوب الانفاق لدى الفقهاء

١ ـ الحنفية :

إن النفقة الواجبة هي للأصول والفروع والحواشي من ذوي الرحم المحرم[١] .

واستدل لهذا الرأي بقوله تعالى : ﴿ **وبالوالدين إحسانا وبذي القربى** ﴾[٢] ، وفسر فقهاء الحنفية القربى القرابة المحرمية لأنها القرابة الأقوى فيقتصر عليها ، ولا نفقة على القرابة غير المحرمية[٣] .

٢ ـ المالكية :

إن النفقة الواجبة هي للأبوين والأبناء فقط ، فنفقة الأبوين على أبنائهم ونفقة الأبناء على الأب فقط[٤] .

واستدل المالكية على رأيهم بقوله تعالى : ﴿ **وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما ، وصاحبهما في الدنيا معروفا** ﴾[٥] .

وبقوله عليه السلام : « أنت ومالك لأبيك » .

---

(١) البدائع ج ٤ ص ٣٠ .

(٢) النساء : ٣٦ .

(٣) وعلى هذا المذهب فإن كل قريب لا يصح الزواج منه تجب له النفقة إذا توافرت شروطها فلا تجب على ابن العم لأن قرابته غير محرمية وتجب على الخال لأن قرابته محرمية مع أن ابن العم يرث قبل الخال .

(٤) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٨٤ ، شرح الخرشي علي خليل ٤/٢٠٢ .

(٥) لقمان : ١٥ .

٣ ـ الشافعية :

إن النفقة الواجبة هي للأصول والفروع[١] .

وقد توسع الشافعية في معنى الأب والابن بحيث يشمل جميع الأصول والفروع لأن الأب والجد أصل والابن وابن الابن فرع .

٤ ـ الحنابلة :

إن النفقة الواجبة هي للأصول والفروع الوارثين من الأقرباء مطلقا[٢] واستدل هذا المذهب على رأيه بتعميم النفقة بأن آية الإنفاق بقوله تعالى : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ لم تقيد بقرابة المحرمية بل القيد هو اتحاد الدين .

وإليك بعض التفصيل في وجوب هذه النفقات :

*** النفقة الواجبة للأولاد على أبيهم :**

دليل وجوب هذه النفقة قوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن ، وكسوتهن بالمعروف** ﴾[٣] ، وقوله عليه السلام لامرأة جاءت تشكو شح زوجها : « خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

وشروط وجوب هذه النفقة :

١ ـ أن يكون الأولاد فقراء عاجزين عن الكسب ، والعجز عن الكسب يبدو في حالتين :

أ ـ إذا كان الأولاد صغارا .

ب ـ أو كانوا كبارا لا كسب لهم أو كانوا إناثا .

---

(١) الأم للإمام الشافعي ج ٥ ص ٨٩ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٠٧

(٢) المغني ج ٩ ص ٢٥٦ ، زاد المعاد ج ٣ ص ١٦٤ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٣ .

٢ ــ **أن يكون الأب غنيا قادرا على النفقة ، ولا فرق إن كان له عمل يكتسب منه أو كانت له ثروة يعيش منها .**

وعلى هذا إذا بلغ الصغير الفقير سن التكسب ولو قبل البلوغ ولا مانع يمنعه من العمل فتسقط نفقته عن أبيه ، أما إذا كان الولد عاجزا عن العمل لمرض أوعاهة فنفقته تستمر على أبيه .

أما الفتاة فتستمر نفقتها على أبيها حتى تتزوج إلا إذا كان لها عمل تعيش منه ولا تجبر على العمل ، فإن تزوجت كانت نفقتها على زوجها ، فإذا مات عادت النفقة على أبيها كما لو كانت غير متزوجة .

وإذا كان الأب فقيرا قادرا على الكسب غير أن كسبه لا يكفيه فلا تسقط نفقة أولاده الواجبة عنه ، بل تفرض عليه وتحسب دينا وتؤمر أمهم إذا كانت غنية بالإنفاق على أن ترجع على الأب بما أنفقته حين يساره .

أما إذا كانت الأم فقيرة أيضا فيكلف الجد بالإنفاق ويرجع على الأب بما أنفقه إذا أيسـر .

نفقة أولاد الأولاد : ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نفقة الأحفاد واجبة على الجد كنفقة الأولاد على الأب .

وخالف الإمام مالك وقال : لا نفقة إلا على الأولاد لأن النص القرآني صريح بقوله : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن** ﴾ .

ويعد طالب العلم عاجزا عن الكسب وعلى أبيه أن يوفر النفقة الضرورية ما دامت مواهبه العلمية تؤهله لمتابعة تحصيله العلمي .

*** شروط استمرار النفقة لمتابعة التعليم :**

١ ــ أن يكون الابن ناجحا بدراسته وذا أهلية للتعليم .

٢ ـ تستمر النفقة حتى يكمل الابن مراحل التعليم الابتدائي والثانوي والجامعي .

إن مصدر وجوب نفقة طالب العلم على أبيه وهو الشريعة الإسلامية التي فرضت العلم وحثت عليه ودعت الدولة لتهيئة وسائله وطرقه وأسبابه ولا أدل على ذلك من أن أول آية في القرآن الكريم نزلت على سيدنا محمد عليه السلام وهي قوله تعالى : ﴿ **اقرأ باسم ربك الذي خلق** ﴾[1] .

ويقول النبي ﷺ : « طلب العلم فريضة على كل مسلم » . (يشمل أيضا المسلمة) .

فكان من الطبيعي بأن يؤمن لطالب العلم الظرف المناسب له ليستكمل دراسته بما يعود عليه وعلى أمته بالنفع والخير .

لقد نص فقهاء الحنفية على أحكام نفقة طالب العلم بحيث تستمر نفقته على من تجب عليه من أب أو غيره إذا ما اجتاز فترة الصغر ، لأن الصغير الذي يبلغ سن التكسب والعمل فإن نفقته على أبيه سواء أكان طالب علم أم لم يكن .

أما الولد الكبير فتجب له النفقة أيضا إذا استمر بدراسته ناجحا ولم يكن له مال خاص ينفق منه ، لأنه يعامل معاملة العاجز عن الكسب لتفرغه للعلم ولو كان صحيح الجسم قوي البنية يستطيع أن يجد عملا يعيش منه لأن الدراسة تتطلب جهدا قد لا يتمكن من الجمع بينه وبين العمل .

على أن هذا الأمر لابد من تحديده بقيود وشروط :

١ ـ أن يكون طالب العلم مجتهدا غير كسول ذا أهلية لتلقي المعرفة مستعدا لمتابعة دراسته إذ لا تجب نفقة على إنسان تبين بالتجربة رسوبه وعدم أهليته للعلم ، حتى إن دور العلم أصبحت في عصرنا الحاضر ترفض قبول أمثال هؤلاء

---

(١) سورة العلق : ١ .

الراسبين إذا تكرر عدم نجاحهم ، فأولى أن لا نلزم أوليائهم بالإنفاق عليهم ، بل يجب أن نفسح لهم المجال للعمل ، إذا لا قدرة لهم على الجمع بين تلقي العلم وتحقيق النجاح في ميدان آخر .

٢ ــ بما أن إيجاب النفقة لطالب العلم هي للنفع المتوقع من دراسته كان من الضروري أن لا يكون الإنفاق على أي علم كان بل العلم الذي يحتاج إليه المجتمع السليم ، فلا يجوز إطلاق كلمة علم على كل ما يتلقى في جميع المدارس والمعاهد والجامعات ، فسموم العلم وقلب حقائقه وتغيير جوهره ومعالمه لا يمكن أن تسمى علوما بل يجب أن لا يكون لها مكان في مناهجنا التعليمية فضلا عن وجوب الإنفاق على طلابها ، ولهذا كان فقهاؤنا على حق حين اشترطوا في العلم الذي تجب لطالبه نفقة على أبيه هو أن يكون من العلوم الشرعية .

على أننا نرى أن العلوم الشرعية في هذا المجال يجب أن لا يقتصر مدلولها على علوم القرآن والحديث والفقه بل تتعدى ذلك إلى جميع العلوم المفيدة التي يحتاج إليها المجتمع الإسلامي ، كعلوم الطب والهندسة والفيزياء والرياضيات وغيرها إلى جانب العلوم الإنسانية اللغوية والاجتماعية والتربوية والشرعية بمفهومها المعروف ، وإن طلب تحصيل هذه العلوم كلها فرض كفاية . فإن لم يكف عدد المشتغلين بها لسد حاجة المسلمين أصبح فرض عين .

جاء في المادة ٢٢١ من مشروع قانون الأمارات المتحدة :

« مادة ٢٢١ ف ٢ تستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب فعلا ما يكفي نفقتها . وإلى أن يتم الغلام سن البلوغ قادرا على الكسب فإن أتمها عاجزا على الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله إذا كان رشيدا فيه أو بسبب عدم تيسير الكسب استمرت نفقته على أبيه » .

وقد فسرت الفقرة « ب من المادة ٢٢٤ جملة العلم الملائم لأمثاله بالآتي :

يكون العجز عن الكسب بسبب الصغر أو الشيخوخة أو آفة بدنية أو عقلية أو

الانتقال بطلب العلم الملائم مما ترعاه الدولة ولا ينافي تعاليم الدين وكان مناسبا لدرجة القرابة بين من تجب له النفقة ومن تجب عليه .

كما ورد في الفقرة جـ : وتعتبر الأنثى عاجزة عن الكسب حتى تتزوج أو تكسب فعلا .

* **النفقة الواجبة للأصول :**

تجب نفقة الوالدين على الولد الموسر لقوله تعالى : ﴿ **وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا** ﴾[1] وقوله تعالى : ﴿ **وصاحبهما في الدنيا معروفا** ﴾[2] .

وهذه الآيةنزلت في الأبوين المشركين ، وليس من المعروف أن يعيش الولد في ترف الحياة ونعيمها ويترك والديه للفقر والحاجة للانفاق

ويعتبر الأجداد والجدات كالأبوين وفق ما ذهب إليه جمهور الفقهاء خلافا للإمام مالك رحمه الله .

فالولد الموسر تجب عليه نفقة أصوله سواء أكانوا مسلمين أم غير مسلمين ، قادرين على الكسب أم عاجزين عنه .

وإذا كان للأب زوجة فنفقتها أيضا على الولد ، وكذلك إذا كان الأب مريضا ويحتاج إلى خادم فنفقة الخادم على الابن أيضا .

وتسقط نفقة الأب عن ابنه إن كان عاجزا عن الكسب لمرض أو صغر وتنتقل نفقة الأب وابنه إلى الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث وإلا كانت نفقتهم على الدولة من بيت مال المسلمين .

---

(١) الإسراء : ٢٣ .

(٢) لقمان : ١٥ .

وقد حددت المادة ٢٢٢ من مشروع القانون نفقة الوالدين :

ف ١ : يجب على الولد الموسر ذكر كان أو أنثى كبيرا كان أو صغيرا نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب مالم يظهر التعنت في ترك الكسب .

ف ٢ : وإذا تعدد الأولاد اشتركوا في نفقة والديهم بنسبة حصصهم الإرثية .

م ٢٢٣ إذا اجتمع لمستحق النفقة ولد أو أولاد موسرون مع والديه الموسرين أو أحدهم اشتركوا جميعا في النفقة بنسبة حصصهم الإرثية .

*** نفقة ذوي الأرحام :**

كما تجب نفقة الفروع على أصولهم ونفقة الأصول على فروعهم ، تجب أيضانفقة ذوي الأرحام بعضهم على بعض ويشترط لذلك :

١ ــ اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه . لقوله تعالى : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾[1] ولا ميراث مع اختلاف الدين .

٢ ــ اليسار لدى المنفق : لأن نفقة ذوي الأرحام إنما وجبت للصلة ، والفقير أحوج إلى النفقة من غيره فكيف ينفق مالا يجده .

٣ ــ الحاجة لدى المنفق عليه : وهذه تتحقق بأحد أمور ثلاثة : الصغر أو الأنوثة أو المرض المانع من التكسب .

وفي جميع الأحوال من لم يجد قريبا ينفق عليه وكان بحاجة إلى نفقة ولم يجد عملا فالدولة مكلفة بالإنفاق عليه حتى تجد عملا له يعيش منه ، وهذا مبدأ من مبادىء التكافل الاجتماعي يبدأ من الفرد في أسرته وينتهي إلى الدولة المكلفة بالسهر على راحة وتأمين الحياة الكريمة لمواطنيها .

---

(١) سورة البقرة : ٢٣٣ .

وبما تجدر الإشارة إليه حادثة قضائية وقعت في مصرعام ١٩٢٢ فقد تقدم أحد الفقراء إلى المحاكم الشرعية يطلب الحكم على خزينة الدولة بالنفقة له لأنه فقير عاجز عن الكسب ولا قريب له ، فحكمت له المحكمة على خزينة الدولة بالنفقة ، ويظهر أن النظام الملكي الفاسد والنظام الأقطاعي والعقلية الظالمة المظلمة لم تتحمل هذا الحكم ، وخشي المسئولون انتشار هذه الروح في الجماهير الفقيرة ، فتعاونت هذه القوى الآثمة على تعطيل هذا الحكم الذي لا ريب فيه في الشريعة الإسلامية ، وأصدرت وزارة العدل منشورا (بلاغا) بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٢٢ تمنع فيه المحاكم من سماع مثل هذه الدعوى .

ولا يشك كل فقيه عالم بمقاصد الشريعة وموارد نصوصها في أن هذا المنع باطل ومخالف للنصوص الشرعية ولأقوال الفقهاء ، وهي محاولة باغية لصرف الجماهير عن المطالبة بحقوقها التي قررتها لها الشريعة ، وأنكرتها فئات الظلم والجشع والفساد »[١] .

ومن الجدير بالذكر في هذا الموضوع أن نشير إلى الخطوة السليمةالتي اتخذتها دولة الأمارات العربية المتحدة في طريق تحقيق التكافل الاجتماعي وإبراز سمات النظام الإسلامي حين نصت على وجوب رعاية من لا نفقة له من أقاربه من قبل بيت المال أي من خزانة الدولة . ويعد هذا أول تشريع في الأحوال الشخصية أوضح القاعدة الأساسية في نظام النفقات الذي يعد الدولة مسؤولة عن مواطنيها إذا لم يوجد قريب موسر ينفق على أحد أفراد الأسرة المحتاجين فقد نصت المادة ٢٣٥ على ما يلي :-

إذا لم يكن لمستحق النفقة قريب موسر تجب عليه النفقة أو كان من استحقت عليه النفقة غير قادر على أدائها كاملة حكمت المحكمة بوجوبها كلها أو بعضها في بيت المال (خزانة الدولة) .

---

(١) راجع الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله ص ٤٤٣ ، والأحوال الشخصية للمرحوم الشيخ عبدالوهاب خلاف ص ٢٣٣ .
والأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ مصطفى السباعي رحمه الله .

ونذكر هنا أهم الأحكام التي وردت في مشروع قانون دولة الأمارات العربية المتحدة فيما يتعلق ببعض الإجراءات في النفقات لتكون دليلا للقاضي يوضح أهم ما ورد في هذا الموضوع من تفسيرات وشروح :

م ٢٢٦ ف أ : الفقير الذي لا تجب عليه النفقة هو الذي ليس له مال تزيد قيمته عن المقدار الضروري عرفا لحاجته المشروعة وحاجة عياله وقضاء ديونه الحالة أو القريبة الحلول ، ولا مورد له من حرفة أو من غيرها يكفي ما ذكر .

ف ب : والفقير الذي تجب له النفقة على غيره هو الذي لا يجد ما ينفق منه

م ٢٢٧ ف أ : الموسر الذي تجب له النفقة هو الذي له مال تزيد قيمته عن المقدار الذي تتطلبه عرفا حاجته الحالية المشروعة وحاجة عياله وقضاء ديونه الحالة أو القريبة الحلول أو له مورد من حرفة و غيرها يزيد عن وفاء الحاجات المذكورة .

ف ب : ولا يعتبر من المال الزائد عن الحاجات المذكورة العقار ولا رأس ماله الذي يتوقف عليهما كسب كفايته ولا البيت الذي لا تزيد قيمته ولا مساحته عن حاجة سكناه وسكن عياله .

م ٢٢٨ ف أ : إذا تعدد المستحقون للنفقة وكان المكلف بها غير قادر على نفقة الجميع أو لم يتعودوا وكان غير قادر على جميع النفقة كلف بقدر استطاعته واعتبر معسرا بالنسبة للباقي .
وفي حالة التعدد يقدم في الإعطاء الزوجة ثم الولد الصغير ثم الولد الكبير المزمن ثم غير المزمن ثم الأم ثم الأب ثم يكون سواهم سواء يقسم عليهم ما يستطيعه المكلف بالنفقة .

ف ب : وإذا تعدد من تجب عليهم النفقة وكانوا قادرين على النفقة جميعا يدفع كل منهم نصيب فيها لكل واحد من المستحقين .

من هذه الأحكام الموجزة يتضح لناحرص الشارع على التكافل الاجتماعي في الفقه الإسلامي بين أفراد الأسرة بإيجاد دعائم قوية للتعاون المتبادل بين الغني والفقير والموسر والمحتاج .

ومع اتفاق الفقهاء على وجوب هذا الإنفاق فقد وجدنا مذهب الإمام أحمد بن حنبل أوسع المذاهب في تقرير هذا التضامن الأسري معتمدا على نصوص القرآن والسنة لأن الله سبحانه وتعالى ذكر في آخر آية النفقات قوله : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾[1] .

وقد أخذت أكثر التشريعات العربية بمذهب الحنابلة في هذا الموضوع مع تعديل يسير في نفقة الأصول والفروع في حالة اختلاف الدين فقد قررت هذه النفقة أخذا من مذهب الحنفية نظرا لقوة القرابة والصلة ولمعنى إنساني يربط الولد بأصله والأصل بفرعه .

أما إذا لم يكن للفقير العاجز من ينفق عليه من جميع أقاربه ـ وهذا أمر نادر ـ لأن العاجز لا يعدم أن يجد أحدا ينفق عليه من أقاربه بالمعنى الواسع للقرابة فإن النفقة تقع على كاهل الدولة .

يقول أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة[2] :

إذا لم يكن في القرابة قاصيها ودانيها من يستطيع الإنفاق على الفقير العاجز ، فعندئذ ينتقل الوجوب من الأسرة الصغرى إلى الأسرة الكبرى وهي المجتمع ممثلا في الدولة التي تحميه وتنسق بين قواه وتقوم بالقسط فيه ، وتنفذ التكافل الاجتماعي فيه على أكمل الوجوه .

وإذا لم تقم الدولة بواجبها في ذلك فإن القضاء يحكم عليها ويلزمها كما قرر الفقهاء ، وهذا مبدأ لم يسبق به الإسلام ، ويجب على بيت المال تنفيذ ذلك الحكم .

(١) سورة البقرة : ٢٣٣ .

(٢) التكافل الاجتماعي في سورة ص ٧٦ .

الباب السادس

الميراث

المبحث الأول : مشروعية الميراث
المبحث الثاني : المباديء العامه لنظام الميراث
المبحث الثالث: الحقوق المتعلقة بالتركة
المبحث الرابع : قواعد توزيع التركة
المبحث الخامس : درجات الاستحقاق في الميراث

المبحث الأول
مشروعية الميراث

١ ـ في القرآن الكريم :

قـال الله تعالى : ﴿للرجـال نصيب مما تـرك الوالـدان والأقربـون وللنسـاء نصيب

﴿ يوصيكم الله في أولادكم ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ، وأن كانت واحدة فلها النصف ، ولأبويه لكل واحد منهما السدس مماترك إن كان له ولد ، فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ، فإن كان له أخوة فلأمه السدس ، من بعد وصية يوصي بها أو دين ، آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا ، فريضة من الله ، إن الله كان عليما حليما ﴾[2] .

﴿ ولكم نصف ماترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن ، من بعد وصية يوصين بها أو دين ، ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم ، من بعد وصية توصون بها أو دين ، وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة ولـه أخ أو أخت فلكل واحـد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ، من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار ، وصية من الله ، والله عليم حليم »[3] .

---

(١) النسـاء : ٧ .

(٢) النسـاء : ١١ .

(٣) النسـاء ١٢ .

﴿ يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ، ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وإن كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ، يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شيء عليم ﴾[1] .

والذين آمنوا من بعد وهاجروا وجاهدوا معكم فأولئك منكم ، وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ، إن الله بكل شيء عليم ﴾[2] .

٢ ـ في السنة النبوية :

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « ألحقوا الفرائض بأهلها وما بقي فهو لأولي رجل ذكر » .

وروي عن النبي أيضا أنه جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم[3] .

وجاء عنه عليه السلام أنه أعطى ثلاث جدات السدس اثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم[4] .

---

(١) النساء : ١٧٦ .

(٢) الأنفال : ٧٥ .

(٣) رواه أبو داود .

(٤) رواه الدار قطني .

المبحث الثاني
المبادىء العامة لنظام الميراث

نلاحظ في نظام الميراث في الشريعة الإسلامية عدة مبادىء أوجزها فيما يلي :

١ ــ وقف الإسلام موقفا وسطا في توزيع الميراث بين المنع والحرية المطلقة فالمذاهب الاشتراكية الشيوعية في أصولها الأولى تمنع الميراث فلا تعطي أبناء الميت وأقرباءه شيئا مطلقا والرأسمالية والمذاهب الفردية تطلق الحرية للرجل يتصرف بماله كيف شاء فله أن يحصر الميراث بشخص واحد من أقربائه وله حرمان الجميع من ميراثه .

أما نظام الإسلام فلم يسمح للشخص بالتصرف بأكثر من ثلث أمواله وصية بعد وفاته وأما الباقي فهو ملك الورثة .

٢ ــ إن الميراث إجباري في الإسلام بالنسبة إلى الوارث والموروث ، فلا يملك الموروث أن يمنع أحد ورثته من الميراث ، والوارث يملك نصيبه جبرا من غير اختيار منه ولا حكم قاض ، فليس له أن يرد ميراثه من الميت لأنه ينتقل إليه حكماً دون حاجة إلى قبول منه . وإذا كان الميراث إجباريا فليس معنى ذلك أن الوارث يتحمل ديون المورث لأن الميراث في القرآن غنم لا غرم فيه فديون الميت مضمونة في حدود تركته فقط .

٣ ــ إن القرآن جعل الميراث في دائرة الأسرة لا يتعداها ، فلابد من نسب صحيح أو زوجة صحيحة ، وفي دائرة الأسرةيفضل الإسلام في مقدار السهام الأقرب فالأقرب إلى المتوفى ، فمن يعتبر شخصه امتدادا في الوجود لشخص الميت كالأولاد والأب مثلا ، فإن الأولاد أقرب إلى الميت ، لأن امتداد شخصيته

بوجودهم أكثر من امتدادها بوجودالأب ، وهكذا بالنسبة إلى درجات القرابة .

٤ ــ أن قدر نصيب الوارثين بالفروض ـ أي السهام المقدرة الثابتة ـ كالربع والثمن والسدس والنصف ، ما عدا العصبات ـ وهم أقارب الميت الذكور الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ـ ولا مثيل لهذا في الشرائع القديمة والحديثة ، بل هو نظام الإسلام الدقيق الذي تفرد به عن غيره من الشرائع .

٥ ــ أن توزيع الإرث بالسهام المقدرة يؤدي إلى تفتيت الثروة وتوزيعها وفي ذلك تقليص لظل الرأسمالية في المجتمع مهما كانت كبيرة واسعة .

٦ ــ جعل القرآن للولد الصغير نصيبا من ميراث أبيه يساوي نصيب الكبير فلا يفرق الإسلام بين الحمل في بطن الأم وبين الولد الكبير في العائلة الكبيرة ولا يميز الإسلام بين البكر وغيره من الأولاد ، لأن الصغار قد يكونون أحوج إلى المال ليصونوا حياتهم ويؤمنوا معيشتهم، من أخوتهم الكبار الذين عملوا لمعيشتهم وجمعوا لأنفسهم ثروة خاصة بهم مستقلة عن ثروة أبيهم .

٧ ــ أعطى للمرأة نصيبا من الميراث ، فالأم ، والزوجة ، والبنت ، وبنت الابن والأخت ، وأمثالهن ، كل هؤلاء لهن نصيب معين من مال الميت ، يضمن حياة مصونة من مذلة العيش وهوان الفاقة .

وقد كان العرب قبل الإسلام لا يورثون المرأة بل يخصون الرجال بالميراث ويقولون كيف تورث من لم تحارب في جمعه بالإغارة ولم تجهد في تحصيله بالتجارة .

٨ ــ أنه جعل للزوجة نصيبا من الميراث واعتبر الصلة الزوجية كصلة القرابة ، وفي ذلك احترام للرابطة الزوجية ، وتقدير لآثارها الروحية والنفسية والاجتماعية .

٩ ــ وقد اعتبر القرآن الحاجة أساس التفاضل في الميراث ، فالأبناء أحوج إلى مال

الميت من أبيه لأن جدهم في نهاية عمره لا ترهقه مطالب الحياة كما ترهق الشباب في مستقبل أعمارهم .

١٠ ــ ومن ذلك فقد جعل نصيب البنت نصف نصيب الولد الذكر ، فإن مطالب الابن في الحياة وفي نظام الإسلام نفسه أكثر من مطالب أخته ، فهو الذي يكلف بإعالة نفسه متى بلغ سن الرشد ولو كان أبوه غنيا، وهو المكلف بدفع المهر لزوجته، ونفقة الزوجة ونفقةالأولاد من تعليم وتطبيب وكساء وغير ذلك ، ثم هو المكلف بإعالة أبيه وأقربائه إذا كانوا فقراء .

أما البنت فلا تكلف في الحياة ما يكلف به أخوها فهي مادامت في بيت أبيها كانت نفقتها على أبيها ، فإذا انتقلت إلى بيت الزوجية كانت نفقتها على الزوج فإذا فارقت الزوج بطلاق أو موت ، انتقل واجب الإنفاق عليه إلى أبيها ثم من بعده بحسب الترتيب الوارد في نظام النفقات ، وهكذا لا تجد المرأة نفسها بحاجة إلى المال في نظام الإسلام ، فما تأخذ من نصيبها في الميراث ومهرها من الزوج ، يكون مالا محفوظاً لا يتعرض للنقصان إلا في الحالات الاضطرارية ، بذلك كان طبيعيا أن تأخذ نصف نصيب الرجل ، بل إن في إعطائها هذه النسبة ـ وهي لا تكلف بتكاليف مالية ـ محاباة لها على الرجل يقصد الإسلام من وراء ذلك إكرامها وإعزازها والاحتياط في صيانتها من الفاقة والحرمان .

على أن المرأة قد تأخذ نصيب الرجل كما في الأخوة لأم وفي الأم مع الأب إذا كان للميت أولاد .

المبحث الثالث
الحقوق المتعلقة بالتركة

لابد في توزيع الميراث من مراعاة حق الغير قبل أن ينال أي من الورثة حصته. فقد يكون المورث المتوفي مدينا وقد يكون دينه موثقا أو دينا عاديا ثم قد تكون هناك وصية واجبة أو اختيارية . ولهذا أوضح الفقهاء الحقوق المتقدمة على حق الورثة قبل توزيع الميراث .

١ ـ الديون المتعلقة بالاعيان :

وفاء الديون المتعلقةبأعيان من التركة قبل الوفاة ، كالأعيان المرهونة مثلا، فمن رهن شيئا لقاء دين وسلم المرهون للدائن ثم مات ، فدين المرتهن مقدم على كل شيء آخر حتى على تجهيز الميت وتكفينه .

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والمشهور من مذهب الحنفية(١) .

وقال الإمام أحمد بن حنبل في رواية عنه أن سداد هذه الديون مؤخر عن تجهيز الميت وتكفينه كسائر الديون الأخرى لا تقضى إلا بعد أن ينفق على الميت بما يحتاج إليه حسب العرف والشرع في التكفين والتجهيز .

٢ ـ تجهيز الميت وتكفينه :

لا خلاف بين العلماء على تقديم تجهيز الميت وتكفينه على بقية الديون لأنه من الأشياء الضرورية للميت(٢) . ويلحق بتجهيز الميت وتكفينه ، تجهيز من تلزمه نفقته

---

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٦٦٣ المحلى ص ٢٥٢ .

(٢) المبسوط للإمام السرخسي ج ٢٩ ص ١٣٦ .

من زوجة أو ولد ، فلو ماتت زوجته قبل وفاته بدقائق وجب أن تكفن من ماله .

٣ ـ قضاء الديون العاذية :

وهذه الديون منها ديون تثبت للفقراءوليس لها مطالب من العباد كالزكوات والكفارات فيجب إخراجها من مال الميت كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء خلافا للحنفية الذين قالوا لا يجب إخراجها إلا إذا أوصى بها الميت وفي حدود ثلث التركة ..

ومنها ديون للعباد فهذه مقدمة على الوصايا والميراث ويجب دفعها لأصحابها دون خلاف بين الفقهاء ، وإن كان فقهاء الحنفية قدموا ديون الصحة على ديون المرض .

٤ ـ تنفيذ الوصايا :

إذا بقي شيء من التركة بعد وفاء الديون تنفذ وصايا المتوفي في حدود ثلث ما بقي من تركته ، أما ما زاد على ثلث التركة فلا تنفذ فيه الوصية إلا إذا أجازها الورثة .

المبحث الرابع
قواعد توزيع حصص الورثة ومقدار أسهم كل منهم

لابد لنا قبل أن نبين مقدار أسهم كل من الورثة من أن نذكر كلمة موجزة عن قواعد التوريث وأهلية الوارث لاستحقاقه نصيبه من الميراث .

١ ــ أركان الميراث :

أ ــ المورث : وهو الميت الذي يستحق غيره أن يرث منه .
ب ــ الوارث : وهو من ينتمي إلى الميت بسبب من أسباب الإرث .
جـ ــ الموروث : وهو التركة التي يتركها الميت .

٢ ــ أسباب الميراث :

أ ــ الزواج الصحيح . فمن عقد زواجها صحيحا ولو قبل الدخول فقد تحقق سبب الميراث بحيث لو توفي أحدهما ورثه الآخر إذا لم يكن فيه مانع من موانع أهلية الميراث.
أما الزواج الفاسد فلا توارث فيه وإن حصل فيه دخول كالزواج من غير شهود مثلا .

ب ــ النسب الحقيقي . وهو كل صلة سببها الولادة ويشمل ذلك أنواع الورثة من أصحاب الفروض والعصبات وذوي الأرحام .

٣ ــ شروط الميراث :

لا يستحق الوارث حصته من الميراث إلا إذا تحققت الشروط التالية :

أ ــ موت المورث حقيقة أو حكما وذلك كالمفقود الذي حكم القاضي بوفاته .

ب ـ حياة الوارث عند موت المورث حقيقة أو تقديرا كالجنين في بطن أمه .

جـ ـ أن تتوافر بالوارث أهلية الميراث وذلك بعدم وجود مانع من موانع الإرث .

٤ ـ موانع الميراث :

أ ـ إذا قتل الوارث مورثه منع من الميراث لما رواه مالك وأحمد عن عمر بن الخطاب عن رسول الله ﷺ : « ليس لقاتل ميراث » .

وذلك أيضا تطبيقا للقاعدة : من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه[١] .

ب ـ اختلاف الدين : يشترط أن يكون الوارث والمورث من دين واحد فإن اختلفا دينا فلا توارث بينهما ، فالزوجة المسيحية لا ترث زوجها المسلم وكذلك لا يرثها ـ وإن كان الإيصاء بينهما جائز ـ وهذا لقوله عليه السلام : «لا توارث بين أهل ملتين» .

جـ ـ الردة : ويراد بذلك خروج المسلم عن دينه وإعلانه الكفر به وبتشريعاته ونظمه ، ولا شك أن الإسلام دين يتعلق بالعقيدة ، وبالأخلاق وأقومها ، ليس فيه ما يخالف العقل ، أو يجانب الفطرة ، فإنكار نظامه إذا ظل في النفس لا يتعرض الإسلام لمنكره بشيء ، أما إذا أعلن ذلك وسئل عنه فأصر عليه كان هذا خروجا عن نظام الدولة ، ولا يوجد دولة في العالم تسمح لأحد أفرادها أن يخرج على نظامها .

ولذلك من أعلن ردته عن الإسلام يستتاب ، ويترك له المجال أياما للعدول عن ردته ويزال من فكره كل شبهة له على الإسلام فإن أصر عليها حكم عليه بالقتل .

والدليل على أن فكرة عقوبة القتل هي للخروج على نظام الدولة وعقيدة الأمة أن المرأة المرتدة لا تقتل بل تسجن إلا إذا كانت تشكل خطرا على الدولة فتقتل لما

ثبت أنه ﷺ نهى عن قتل النساء[1] .

فالإسلام لا يعاقب الخارجين عليه من أبنائه كعقيدة داخل النفس لا تتصل بالحياة العامة ، بل يعاقبهم كخارجين على النظام الاجتماعي للأمة ، ساعين في تهديم كيان المجتمع ، فلا حرج عليه إذا اشتد في عقوبتهم صيانة للمجتمع من شرورهم .

وأجمع العلماء على أن المرتد لا يرث أحدا من أقاربه مسلما كان أو مرتدا لأن المرتد لا دين له .

واختلفوا في الوراثة عنه :

قال أبو حنيفة : إن المال الذي اكتسبه المرتد قبل ردته هو لورثته من المسلمين ، أما ما اكتسبه بعد ردته ، فإن كان أنثى كان لورثتها أيضا ، وإن كان رجلا كان ماله لبيت مال المسلمين لأنه منذ ردته ألحق بالموتى لاستحقاقه القتل فما كسبه بعدها يكون مالا لا مالك له فيرثه بيت المال .

أما المرأة فحيث لا تقتل بالردة لم تكن ردتها موتا لها فيرثها أهلها في كل ما كانت تملكه حتى موتها .

وقال الصاحبان ، أبو يوسف ومحمد : أما مال المرتد سواء كسبه قبل الردة أو بعدها يكون للذين يرثونه وقت الموت ، لأن ملكيته بالردة لا تزول ، إذ هو مكلف تمام التكليف ، له ذمة مالية ثابتة ، فهو كالمحكوم عليه بالإعدام لا تزول ملكيته عن ماله ، وتصح تصرفاته كلها ، فيكون كسبه له وينتقل إلى ورثته بموته فعلا[2] .

وقال الشافعية والمالكية والحنابلة : إن المرتد لا يرثه أحد بل توضع أمواله في بيت مال المسلمين[3] .

---

(١) وقال المالكية والشافعية : تقتل المرتدة إذا لم تتب كالرجل .

(٢) رد المحتار ج ٥ ص ٦٧١ ، المبسوط - ٣٠ ص ٣٠ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٤٥ ، المحرر في فقه الحنابلة ج ٢ ص ٤١ .

د ـ اختلاف الدارين : لا خلاف بين العلماء في أن المسلمين مهما تباينت أوطانهم وتميزت حدود دولهم فهم أبناء أمة واحدة ووطن واحد فالمسلم العربي يرث قريبه المسلم الباكستاني وهكذا ، لقوله تعالى : ﴿ **إن هذه أمتكم أمة واحدة** ﴾[1] .

أما اختلاف الدارين بين الوارث والمورث فهو مانع من موانع الميراث إذا كان بين غير المسلمين فإذا اختلف المورث عن الوارث في جنسيته فلا توارث بينهما إن كانا غير مسلمين وفي دول غير إسلامية .

أما من كان من رعايا دولة إسلامية فإنهما يرثان بعضهما فالمسيحي السوري يرث من المسيحي المصري أو الإيراني .

هذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية مع بعض التفصيل وعليه العمل في أكثر قوانين الأحوال الشخصية العربية .

وقال المالكية والحنابلة : إن اختلاف الدارين غير مانع من الميراث سواء أكان بين المسلمين أو غيرهم .

وقد أجاز القانون المصري الميراث مع اختلاف الدارين بالنسبة لغير المسلمين إذا كانت شريعة البلد الأجنبي تجيز توريث الأجنبي أي المعاملة بالمثل[2] .

درجات الاستحقاق في الميراث :

الورثة ليسوا بدرجة واحدة من حيث الاستحقاق ، ولهذا يقدم بعضهم على بعض بالترتيب التالي :

---

(١) الأنبياء : ٩٢ .

(٢) هناك مانع لم نذكره لعدم وجوده الآن وهو الرق ، كما أن الفقهاء ذكروا موانع تبعية كجهالة تاريخ الموت وجهالة الوارث واللعان وولد الزنا وغير ذلك مما يراجع في الكتب المخصصة لذلك .

١ ــ أصحاب الفروض :

وصاحب الفرض هو كل شخص له سهام مقدرة ثابتة في القرآن أو السنة أو الإجماع وأكثر أصحاب الفروض ورد ذكرهم في القرآن ، وورد ميراث الجدة بالسنة وميراث بنت الابن محل البنت في الإجماع .

والفروضالمقدرة هي : ١/٢ ، ١/٤ ، ١/٨ ، ٢/٣ ، ١/٣ ، ١/ .

٢ ــ العصبات النسبية •

العصبات هم أقارب الميت الذكور من غير أصحاب الفروض ، الذين لا يدلون في قرابتهم بأنثى ، ويؤخر نصيب العصبات عن أصحاب الفروض لقوله عليه السلام : «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» .

وعلى هذا يأخذ أصحاب الفرائض أسهمهم المقدرة فإن بقي شيء من التركة فلأقرب رجل من الميت من العصبات . هذا إذا لم يكن صاحب الفرض محجوبا بأحد العصبات .

فأصحاب الفروض المقدمون على العصبات هم غيرالمحجوبين بهم ، كالفرع المذكر فإنه يحجب جميع الأخوة والأخوات .

والحجب هو منع شخص معين قام به سبب من أسباب الإرث من كل الإرث أو بعضه لوجود شخص آخر أما الحرمان فهو منع شخص من الإرث لقيام مانع يمنعه من استحقاق الميراث مع قيام سببه كالولد القاتل ، فإن سبب الإرث وهو القرابة قائم به ، ولكنه منع من الميراث لوجود القتل منه .

---

(١) على أنه لابد من الإشارة إلى أن التشريعات العربية للأحوال الشخصية في مصر وسوريا والسودان والمغرب جعلت الجد في حال عدم وجود الأب شريكا للأخوة والأخوات في الميراث وهذا مذهب المالكية والحنابلة والشافعية والصاحبين من الحنفية مع تفصيلات مختلفة تراجع في مواضعها أما أبو حنيفة فيرى أن الجد كالأب يحجب الأخوة والأخوات .

* أنواع العصبات النسبية :

١ ـ العصبة بالنفس : وهم كل ذي نسب ليس بينه وبين الميت أنثى ، وهم أربعة أنواع بحسب جهة القرابة :

النوع الأول : جهة البنوة وهم فرع الوارث كالابن وابن الابن وإن نزل ما دامت لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى .

النوع الثاني : جهة الأبوة وهم الأصل الوارث كالأب والجد ممن لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى .

النوع الثالث : جهة الأخوة وهم فروع أبي الميت : الأخوة أبناؤهم ممن لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى .

* قواعد توريث العصبة بالنفس :

ـ لا يرث واحد من أفراد النوع الآخر المتأخر ما دام هناك أفراد من النوع الذي قبله فلا يرث الاباء بالتعصيب مع وجود الأبناء ، ولا الأخوة مع وجود الآباء ولا الأعمام مع وجود الإخوة .

ب ـ إذااتحدت جهة القرابة وكان العصبة من نوع واحد كالبنوة أو الأبوة فلا يرث الأدنى مع وجود الأقرب فلا يرث الجد مع وجود الأب .

جـ ـ إذااتحدت جهة القرابة ودرجتها ، ولكن اختلفت في القوة ، قدم الأقوى قرابة على غيره ، فمن كان قريبا لأبوين ، قدم على من كان قريبا لأب واحد كالأخ الشقيق فإنه يقدم عل الأخ لأب لقوة قرابته .

د ـ إذا اتحدت الجهة والدرجة والقوة ، استحقوا جميعا الميراث ، وكانوا في التعصيب سواء كثلاثة أبناء أو ثلاثة أخوة قسم بينهم المال بالتساوي .

٢ ـ العصبة بالغير : وهي كل أنثى ذات فرض وجد معها ذكر من درجتها ، فإنها تصير عصبة به ، كالبنت مع الابن ، والأخت الشقيقةمع الأخ الشقيق ، ويشترط اتحاد الدرجة وقوة القرابة ، فلا تكون الأخت الشقيقة عصبة مع الأخ

لأب ، لأنه أضعف منها قرابة ، كما لا تكون الأخت الشقيقةعصبة مع ابن الأخ الشقيق ، لأنه أدنى منها درجة[1] . والعصبة بالغير لا تكون إلا ممن فرضهن النصف أو الثلثان فينحصر في أربع :

أ - البنات مع الابن .

ب - بنات الابن مع ابن الابن أو مع الأدنى منه إذا احتجن إليه .

جـ - الأخوات الشقيقات مع الأخ الشقيق .

د - الأخوات لأب مع الأخ لأب .

ومما تقدم نعلم أن الأنثى التي لا فرض لها ، لا تكون عصبة مع أخيها ، فلا ترث العمة مع العم ولا بنت العم مع ابن العم لأنهن لسن من ذوي الفروض .

٣ - العصبة مع الغير : وهي كل أنثى احتاجت في عصوبتها إلى أنثى وليس ذلك إلا للأخوات الشقيقات أو لأب مع البنات أو بنات الابن ، للحديث النبوي : « اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة » .

٣ - الرد على ذوي الفروض :

إذا مات إنسان وليس في ورثته إلا ذو الفروض ، وزاد أصل التركة على مقدار أسهمهم الثابتة ، رد عليهم الباقي بنسبة فروضهم ، ويستثنى من ذلك الزوجان[٢] .

---

(١) استثنى من قاعدة اتحاد الدرجة ، بنات الابن مع ابن ابن الابن ، فإنهن يكن عصبة به إذا احتجن إليه ولو كان أدنى منهن درجة ، لأنه لو لم يعصبها لأدى ذلك إلى أن تأخذ بنت ابن الابن بأخيها (ابن ابن الابن) وتحرم بنت الابن ، مع أن هذه أقرب من تلك فتفاديا لمثل هذ الحالة ، جعلت بنت الابن عصبة بمن هو أدنى منها درجة من الأبناء الذكور إذا احتاجت إليه، أما إذا لم تحتج إليه فلا يعصبها كما إذا كانت بنت الابن مع البنت، فإنها ترث هنا وتأخذ السدس دون حاجة إلى من يعصبها .

(٢) يضع الفقهاء بعد أصحاب الفروض والعصبات ميراث مولى العتاقة وعصبة مولى العتاقة ولكن لم يعد للرق وجود الآن ولهذا لم نذكره .

٤ ـ ذوو الأرحام

وهم أقارب الميت الذين ليسوا ذوي فروض ولا عصبة ، ولا يكونون الأقارب الإناث ، كالخالة والعمة ، أو الذكور الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، كابن البنت وأب الأم[1] .

٥ ـ الرد على الزوجين عند عدم وجود ذوي الأرحام :

إذا لم يكن مع أحد الزوجين صاحب فرض ، ولا عاصب نسبي ، ولا ذو رحم ، فإنه يستحق التركة كلها فرضا وما زاد عن فرضه يأخذه عن طريق الرد عليه .

وهذا ما سارت عليه التشريعات المصرية والسورية والسودانية .

أما إذا مات الميت ولم يترك وارثا ممن تقدم ذكرهم ، كانت التركة لواحد من ثلاث حسب الترتيب التالي :

٦ ـ المقر له بنسب محمول على الغير :

وهو أن يقر شخص لشخص بأنه أخوه أو عمه ، ولم يثبت ذلك بدليل آخر غير الإقرار ، فإنه يرث منه أو يشاركه في الميراث حين لا يوجد أي وارث من نسب صحيح أو زوجية .

---

(١) في ميراث ذوي الأرحام خلاف بين الفقهاء :

١ ـ قال الحنابلة والحنفية بتوريثهم وعليه التشريعات العربية .

٢ ـ وقال الشافعية والمالكية بعدم توريثهم ، أما متأخروا المالكية والشافعية فقد أفتوا بتوريثهم .

٣ ـ وقال الظاهرية إن كان ذوو الأرحام من الفقراء أعطوا نصيبا من التركة وإن كانوا أغنياء فلا ميراث لهم .

٧ ـ الموصى له بما زاد عن الثلث :

إن الوصية تنفذ بحدود ثلث التركة قبل توزيع الميراث وبعد وفاء الديون ، أما إذا زادت الوصية على ثلث التركة فإنها لا تنفذ إلا بإجازة الورثة وذلك لضمان بقاء ثلثي التركة للورثة .

فلو مات شخص دون وارث وقد أوصى لآخر بجميع ماله نفذت الوصية ، أما إن مات عن زوجة وأوصى له بما زاد على الثلث فإن الموصى له يأخذ الثلث فقط وما بقي تأخذه الزوجة ميراثا فرضا وردا لأن المعمول به في التشريعات العربيةأن الرد على أحد الزوجين مقدم على الموصى له بما زاد على الثلث ، خلافا للحنفية الذين قالوا لا رد على أحد الزوجين وعلى هذا فإن الموصى له يأخذ الثلث ثم تأخذ الزوجة ربع الباقي وما بقي من التركة يؤول إلى الموصى له .

٨ ـ بيت مال المسلمين « الخزانة العامة للدولة » :

وهذا آخر المستحقين للتركة إذا لم يكن هناك وارث أو وجد من لا يستحق كل التركة، فيرد المال كله أو الباقي إلى الخزانة العامة للإنفاق في المصالح العامة للمسلمين .

هذا هو ترتيب استحقاق الورثة للتركة إجمالا دون تفصيل حيث تراجع أحكام المواريث في مصادرها الخاصة .

فهرس المحتويات

القسم الأول : فرق الزواج

المدخل

الباب التمهيدي

الباب الأول
الطلاق بالإرادة المنفردة

الباب الثاني
الطلاق باتفاق الزوجين

الباب الثالث
الطلاق بحكم القاضي

الباب الرابع
الطلاق بحكم الشرع والقانون

الباب الخامس
آثار فرق الزوجين

القسم الثاني : حقوق الأولاد

الباب الأول
حـــق النســـب

الباب الثاني
أحكـــام الرضـــاع

الباب الثالث
الحضـــانـــة

الباب الرابع
الولاية على المـال

الباب الخامس
أحكام النفقات

الباب السادس
الميراث